JUSTICIA 97

NÚMERO II

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M.ª ASENCIO MELLADO
M.ª DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ
MANUEL J. CACHÓN CADENAS
JUAN DAMIÁN MORENO
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUST FRANCO ARIAS
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
ANTONIO M.ª LORCA NAVARRETE
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
ERNESTO PEDRAZ PENALVA
PABLO SAAVEDRA GALLO
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO
JOAN VERGER GRAU

1997

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 97»
ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.ª Bosch, editor, Roselló, 22. 08029 Barcelona, Tel. 93 419 7750.
DIRECCIÓN (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 1112. Fax 93 487 3562
Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 1997, José M.ª Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Roselló, 22 – 08029 Barcelona

Depósito Legal: B. 19.117-87
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain / Impreso en España por
COMETA, S.A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ÍNDICE

EN ESTRADOS
La Selección del Jurado, por José Martín Ostos 405

DACIONES DE CUENTA
El Secretario en le ejecución, por Ernesto Pedraz Penalva 421
Hacia un proceso penal común europeo, por Jaume Solé Riera 447
La administración del arbitraje por persona jurídica. Con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona, por M.ª Angeles Jové Pons 471
La cautio iudicatium solvi ante el Derecho comunitario: sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 1996, Data Delecta Aktiebolag, R. Forsberg c. MSL Dynamics Ltd. (asunto C-43/95), por Albert Font 505
Litisconsorcio activo innecesario (Una reflexión para el debate), por José Bonet Navarro 531
El Secretario Judicial. Concepto y complemento, por José Francisco Escudero Moratalla y Joaquín Frigola Vallina 555

COMISIONES ROGATORIAS
Arbitraje interno y tutela cautelar en el ordenamiento jurídico italiano, por Luis-Andrés Cucarella Galiano 593
Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas, Jorge W. Peyrano 607
El nuevo Tribunal del Jurado en Rusia, por Stephen C. Thaman 615
Los Tribunales han dicho, por Nuria Reynal Querol 631

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS
El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial, Ernesto Pedraz Penalva (Coordinador), por Consuelo Ríos Molina 803

EN ESTRADOS

LA SELECCIÓN DEL JURADO [1]

Prof. Dr. D. José Martín Ostos
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. Palabras previas. — II. El Tribunal del Jurado: 1. Composición; 2. Función de los jurados; 3. Derecho y deber; 4. Retribución y efectos del desempeño de la función. — III. Requisitos, incapacidad, incompatibilidad, prohibición y excusas para ser Jurado: 1. Requisitos; 2. Incapacidad; 3. Incompatibilidad; 4. Prohibición; 5. Excusas. — IV. Designación de los Jurados: 1. Lista bienal de candidatos; 2. Causas y sesiones; 3. Candidatos a jurados para cada causa; 4. Recusaciones, excusas y advertencias. — V. Constitución del Tribunal del Jurado: 1. Recusación de candidatos a jurados; 2. Complemento del número de candidatos; 3. Selección. — VI. Conclusión.

I. Palabras previas

La Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (sin fecha exacta, aunque publicada en el BOE de 23 de mayo del mismo año) ha desarrollado esta forma de participación popular en la Administración de Justicia, prevista en el artículo 125 de la Constitución Española de 1978 y en

1. Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Penal y Procesal, sobre «El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado» (Sevilla, 15 de noviembre de 1996).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el artículo 19, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (cuyo compromiso político estaba pendiente de cumplimiento desde el año siguiente a la aprobación de dicha norma reguladora del Poder Judicial, conforme a su disposición adicional primera, apartado uno).

Antes de entrar en vigor, la mencionada Ley Orgánica del Tribunal del Jurado fue reformada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre (BOE de 17), lo que da idea de la precipitación y falta de rigor científico con que se había abordado el tratamiento legal de una novedad institucional tan importante. A los pocos días, también, resultó afectada por la aprobación del nuevo Código Penal, por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE de 24, disposición final segunda).

Por lo que respecta al objeto de la presente intervención, la Exposición de Motivos de la comentada Ley Orgánica 5/1995 contiene algunas manifestaciones de interés para el conocimiento de la intención del legislador; así, entre otras, se proclaman las afirmaciones siguientes: «el derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos», «el derecho-deber del ciudadano a participar de manera directa en un poder real del Estado», «la retribución de la función y la indemnización de los gastos ocasionados por su ejercicio» (apartado I, Fundamento constitucional); «el sistema selectivo se caracteriza por la sucesión de etapas..., por la transparencia y publicidad..., por el sorteo a partir de las listas censales» (apartado II, Los ciudadanos jurados); «la conformación de un Jurado para cada causa», «la vecindad» como «origen de los candidatos a jurado», «la anticipación en la formación de listas de candidatos a jurado» y «la posible recusación por las partes presentes en el inicio de las sesiones» (apartado IV, El juicio oral; número 2, Constitución del Tribunal del Jurado).

En nuestro discurso seguiremos, lógicamente, el hilo conductor del vigente texto legal del Tribunal del Jurado.

II. El Tribunal del Jurado

1. *Composición*

El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado (integrante de la Audiencia Provincial, del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo, según el caso), que lo presidirá. Además, se seleccionarán, y asistirán al juicio, dos jurados suplentes (artículo segundo).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Entendemos que el número impar de jurados (a diferencia de la docena tradicional) persigue impedir el empate en el veredicto, o el voto cualificado y decisivo del portavoz. La figura de los suplentes ya estaba contemplada en la Ley del Jurado de 1888 que, por cierto, exigía tres Magistrados o Jueces de Derecho.

2. *Función de los jurados*

Los jurados, que en el ejercicio de sus funciones actuarán con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley, emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable. También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho delictivo (artículo tercero).

La fórmula prevista en la Ley para el juramento o promesa de los designados es la siguiente. «¿Juran o prometen desempeñar bien y fielmente la función del jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto, examinando la acusación, apreciando las pruebas y resolviendo si son culpables o no culpables de los delitos objeto del procedimiento los acusados, así como guardar secreto de las deliberaciones?». Nadie podrá ejercer las funciones como jurado sin haberlo prestado previamente (artículo cuarenta y uno).

No queremos pasar por alto la desafortunada campaña de información pública sobre la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, llevada a cabo en los medios de comunicación por encargo del entonces bifronte Ministerio de Justicia e Interior (Resolución de la Dirección General de Personal y Servicios, de 10 de octubre de 1995, BOE de 18 de diciembre, por la que se adjudica la campaña a favor de la empresa «Tapsa Nwayer, Sociedad Anónima, por un presupuesto de doscientos cincuenta millones de pesetas). En ella, sin la menor dosis de autocrítica, se pregonó hasta la saciedad que todos somos imparciales, justos y capaces, estando el hecho de administrar justicia al alcance de cualquiera. Ninguna alusión se hizo a la dificultad de juzgar, sino todo lo contrario.

3. *Derecho y deber*

La redacción original del artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (más tarde reformado por la disposición final primera de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) establecía que «la función de jurado será obligatoria», aunque «la ley regulará los supuestos de incompatibilidad, recusación y abstención» (apartado dos, letra a), así

como que «la intervención del ciudadano en el Jurado deberá satisfacer plenamente su derecho a participar en la Administración de Justicia reconocido en el artículo 125 de la Constitución» (apartado dos, letra b).

Esta filosofía se mantiene intacta en la vigente Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; de este modo, se dispone que la función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida y su desempeño un deber para quienes no estén incursos en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta Ley (artículo sexto).

Los ciudadanos, con las excepciones correspondientes, son llamados, por el mero hecho de su condición de tales, a ejercer obligatoriamente la función pública de jurados; es más, precisamente aquellos que gozan de especial representación política son excluidos de tal llamada.

Hay quien argumenta que el artículo 23 de la Constitución española consagra el derecho de todos los ciudadanos «a participar en los asuntos públicos»; pero, derecho no es obligación, sino que implica todo lo contrario, es decir, la opción de cada uno. Por ello, se concluye que si se cuestiona la falta de predisposición de los españoles a formar parte del Tribunal del Jurado, hasta el punto de que se opta legalmente por la obligación del desempeño de tal función, en realidad tal vez habría que cuestionar la oportunidad del restablecimiento de la institución en sí. Por el contrario, no faltan autores partidarios de la citada articulación como derecho-deber. En nuestra opinión, en la decantación por una u otra concepción se percibe un inevitable trasfondo ideológico procesal.

Concretamente, el tema de la objeción a formar parte del Tribunal del Jurado ha hecho correr mucha tinta hasta el momento. Por unos, se alega la admisión de la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar; por otros, se argumenta la obligación de formar parte de las mesas electorales (pero, añadimos, no de presentarse como candidato en unas elecciones, ni siquiera de votar, ya que se permite el no hacerlo o votar en blanco o nulo).

Más adelante, entre las posibles causas de excusa para el desempeño de la función como jurado (en el motivo séptimo) veremos que cabe argüir la objeción de conciencia. Sin embargo, no se nos escapa tanto la dificultad de acreditar en algunos casos la condición alegada (por no tratarse de persona que ostente cargo o constituya autoridad dentro de una confesión religiosa reconocida por el Estado, etcétera), como la falta de uniformidad jurisprudencial, debido a la instancia judicial en que se solventan esas cuestiones, sin posibilidad de recurso (salvo, naturalmente, el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

amparo ante el Tribunal Constitucional), que indudablemente aportaría luz a la cuestión.

Tampoco se trataría de una prohibición por interés directo en la causa (artículo once, número cinco, de la Ley). El objetor no tiene interés en que el proceso por jurado se desarrolle en un sentido u otro; su interés radica precisamente en que no desea la intervención en ese proceso.

También hay quien se pronuncia por la conveniencia de incluir a los sacerdotes y religiosos entre las causas de incompatibilidad, permitiendo además expresamente la objeción de conciencia entre los motivos de excusa (innovaciones que, de producirse, requerirían, a nuestro juicio, la pertinente modificación legal).

4. *Retribución y efectos del desempeño de la función*

En la redacción original del artículo 83 (letra a, apartado dos) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes de su reforma en 1995, por la mencionada disposición final primera de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado), se prescribía que la función de jurado «deberá estar remunerada durante su desempeño».

La actual normativa reguladora del Tribunal del Jurado no se ha desviado de esta dirección; así, se prescribe que el desempeño de las funciones de jurado será retribuido e indemnizado en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine, así como que tal desempeño tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (artículo séptimo).

El Real Decreto 385/1996, de 1 de marzo, por el que se establece el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones de jurado (BOE de 14), establece que dicha norma será de aplicación a los jurados titulares y suplentes, durante el tiempo que desempeñen su función, así como a los candidatos a jurados designados para cada causa, que concurran al proceso de selección (artículo primero). La retribución corresponderá al desempeño de la función de jurado (artículo tercero) y las indemnizaciones lo serán por los conceptos de gastos de viaje, alojamiento y manutención (artículos cuarto a sexto, y disposiciones adicionales, finales y anexos).

III. Requisitos, incapacidad, incompatibilidad, prohibición y excusas para ser Jurado

1. *Requisitos*

El artículo octavo recoge los siguientes: ser español mayor de edad, en el pleno ejercicio de los derechos políticos, saber leer y escribir, ser vecino, en el momento de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido, y no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado.

Nos encontramos en presencia de unos requisitos mínimos. Las principales diferencias con los jueces de carrera radican en la exigencia de la vecindad (criterio requerido por la Ley, en aras de la proximidad a la comisión del hecho delictivo) y, por el contrario (como veremos más adelante al comentar las incompatibilidades, de acuerdo con la filosofía inspiradora de esta institución), en la no exigencia de la licenciatura en Derecho, precisamente para seleccionar a unos ciudadanos que carezcan de dichos conocimientos jurídicos (lo que no deja de resultar sorprendente, ya que se excluye para la tarea de juzgar precisamente la presencia de quienes pueden aportar unos conocimientos de utilidad para ello).

La Ley de 1888, que restringía las funciones de jurado a los españoles de estado seglar, exigía, entre otros requisitos, una edad mínima de treinta años, ser cabeza de familia y una vecindad en el término municipal de al menos cuatro años (artículos octavo y noveno).

En el momento presente, en la mayoría de los países de nuestro entorno geográfico-político (Alemania, Francia, Italia, Portugal,...) se fija la edad mínima en un límite superior a la española (veintitrés, veinticinco, incluso, treinta años). Ni que decir hay que las razones que explican ese aumento radican en la consideración de una formación humana más completa, con mayor experiencia vital. Además, se observa una diferencia patente con los jueces de carrera, a los que resulta imposible acceder a la judicatura a la edad de dieciocho años. Por otra parte, habría que establecer una edad máxima (por ejemplo, los setenta años), a partir de la cual no se pudiera formar parte de un Tribunal de Jurado (la excusa actual se refiere a los sesenta y cinco años, siendo discrecional su alegación).

En algunos Juzgados de nuestro país tenemos entendido que se está acreditando el hecho de no saber leer y escribir con la presentación de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dos testigos que así lo afirman, no admitiéndose en tal sentido la certificación de empadronamiento en que consten esos extremos.

Sobre la discapacidad física, psíquica o sensorial, estimamos que no siempre se podrá acreditar con la pertinente declaración judicial de incapacidad, lo que no impedirá que en ocasiones aquélla sea estimable a todas luces.

2. *Incapacidad*

En cuanto a la capacidad, el artículo noveno establece que carecen de ella para ser jurado: en primer lugar, los condenados por delito doloso, que no hayan obtenido la rehabilitación; también, los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieran sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito; y, por último, los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.

Algunas de ellas son las mismas causas de incapacidad previstas para el ingreso en la Carrera Judicial (artículo 303 LOPJ).

3. *Incompatibilidad*

El artículo diez contiene una relación de doce supuestos tasados de incompatibilidades para el desempeño de la función de jurado. La mayor parte se refiere a autoridades y cargos públicos de especial relevancia (así: el Rey, Presidente del Gobierno, Diputados y Senadores, Magistrados del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, etcétera); también, los profesionales relacionados con la Administración de Justicia ordinaria y con la militar (miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, de los Cuerpos de Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes, abogados y procuradores,...), los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los profesores universitarios de disciplinas jurídicas, funcionarios de Instituciones Penitenciarias y determinados cargos destinados en el exterior (Jefes de Misión Diplomática, entre otros).

En general, parece razonable, por la alta misión institucional encomendada, la serie de autoridades y cargos públicos declarados incompatibles para ser miembro de un Tribunal del Jurado. Lo mismo puede afirmarse respecto de los funcionarios en activo al servicio de la Administración de Justicia o encargados de velar por la seguridad y el orden público. Sin embargo, no resultan incompatibles los funcionarios

relacionados con la Administración de Justicia que se encuentren en una situación administrativa diferente a la de activo, ni los abogados y procuradores no ejercientes. Si lo que se persigue es excluir del Tribunal del Jurado, entre otros, a los que poseen especiales conocimientos de Derecho (como se deduce de la incompatibilidad, sin excepción, de los profesores universitarios de disciplinas jurídicas), pensamos que, igualmente, habría que reconocer la de absolutamente todos los miembros, sin excepción, de la Administración de Justicia, ordinaria o militar, sea cual sea su situación administrativa (excedencia, servicios especiales,...), además de todos los abogados y procuradores, aun los no ejercientes.

4. *Prohibición*

Según el artículo once, nadie podrá formar parte como jurado del Tribunal que conozca de una causa en la que: 1) sea acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil; 2) mantenga con una parte alguna relación justificativa de abstención y, en su caso, de recusación (por ejemplo: parentesco, pleito pendiente, amistad íntima, enemistad manifiesta,...); 3) tenga parentesco o relación con el Magistrado-Presidente, Ministerio Fiscal, Secretario Judicial, o abogados o procuradores que intervengan; 4) haya intervenido como testigo, perito, fiador o intérprete; 5) tenga interés, directo o indirecto.

Todas las prohibiciones en cuestión gozan de una fundada justificación y su infracción obviamente afectaría a la debida imparcialidad para ser miembro del Tribunal del Jurado. No obstante, en el primer apartado, queremos llamar la atención sobre el significativo olvido del legislador por lo que respecta al acusador popular.

5. *Excusas*

Siete son los casos previstos en el artículo doce para poder excusarse de actuar como jurado. Por su importancia, al menos merecen un sucinto comentario.

1) Los mayores de sesenta y cinco años (recuérdese que los Jueces y Magistrados pueden estar en activo hasta alcanzar la edad de setenta años).

2) Los que hayan sido efectivamente jurados dentro de los cuatro años precedentes (en una primera interpretación, el desempeño efectivo de las funciones como jurado parece excluir a los jurados suplentes; sin embargo, por imperativo legal han estado presentes durante todo el juicio oral y tienen derecho a retribuciones e indemnizaciones; habrá, pues, que interpretar ampliamente el espíritu de la Ley. Razonablemente, el texto legal de 1888, en su artículo trece, les permitía excusarse).

3) Graves trastornos por causas familiares (niños, ancianos y enfermos a su cargo, por ejemplo; habrá que demostrarlo documentalmente en cada caso).

4) Trabajo de relevante interés general (en cada supuesto concreto habrá que valorar la repercusión, así como la difícil sustitución en el puesto de trabajo; entendemos que habrá de probarse documentalmente, o por comparecencia del inmediato superior o responsable laboral; creemos que aquí tienen cabida las profesiones de notario, veterinario, médico, ATS y farmacéutico, en caso de ser el único de la localidad).

5) Residencia en el extranjero (¿en la fecha del sorteo o de la previsible celebración del juicio ante el Tribunal del Jurado?, ¿ocasional o permanente?).

6) Militares profesionales en activo (no se incluyen, pues, los soldados o marineros de reemplazo).

7) Cualquier otra causa grave (se trata de un cajón de sastre en el que, a nuestro juicio, cabe alegar, por ejemplo, la objeción de conciencia, la condición de clérigo, miembro de orden religiosa, etcétera; en el informe del Ministerio de Justicia, de principios de 1996, sobre las reclamaciones presentadas por los ciudadanos seleccionados como jurados, se afirma que la objeción de conciencia, alegada al amparo de este apartado del artículo doce de la Ley, se admite en unos casos y se rechaza en otros).

Téngase presente que se trata de meras excusas, de carácter puramente potestativo (que, una vez alegadas, serán atendidas o no), y no de motivos de incapacidad, ni de causas de incompatibilidad o de prohibiciones.

IV. DESIGNACIÓN DE LOS JURADOS

Los artículos 13 a 23 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Sección tercera del Capítulo II) regulan el procedimiento para la designación de los jurados. En el mismo destaca positivamente la publicidad, reforzada por la posibilidad de interposición de recurso (tanto por los afectados directamente, como por cualquier ciudadano meramente interesado en la pureza del procedimiento).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. *Lista bienal de candidatos*

Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo, a partir del censo electoral vigente, para establecer la lista bienal de candidatos a jurados. El número de candidatos por provincia se obtendrá en función de la información facilitada por el Presidente de la Audiencia Provincial respectiva. El sistema objetivo censal elegido por el legislador merece elogios, en cuanto que descarta cualquier otro criterio subjetivo sospechoso de favoritismo. Sin embargo, no parece perseguir la deseable proporcionalidad en el resultado (por sexos, edades, profesiones, nivel cultural, etcétera). Además, no se nos oculta la complejidad de realizar el sorteo en las capitales de provincia que son sede de Tribunal Superior de Justicia o, concretamente, en la del Tribunal Supremo.

El sorteo se realizará en sesión pública y en la forma que reglamentariamente se determine (al respecto, ver: Real Decreto 1398/1995, de 4 de agosto, por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados, BOE de 5, y su modificación por Real Decreto 2067/1996, de 13 de septiembre, BOE de 14). Después de la celebración del sorteo, cualquier ciudadano (por tanto, no sólo los susceptibles de ser designados candidatos a jurados, hayan resultado o no elegidos) podrá formular, ante la Audiencia Provincial, reclamación contra el acto del sorteo; ésta será resuelta, en un plazo perentorio, mediante resolución motivada, por el Presidente y dos Magistrados de la misma (debería contemplarse la posibilidad de modificar la constitución de este órgano, dándole participación a otros estamentos profesionales también interesados en la correcta realización del sorteo y articulando un recurso ante la Audiencia Provincial).

Efectuado el sorteo (o repetido, en su caso, el mismo, a causa de reclamación, con el consiguiente gasto económico; tal vez, la práctica del sorteo por partidos judiciales ahorraría tener que repetirlo a nivel provincial), el Secretario de la Audiencia Provincial notificará por correo a cada candidato a jurado su inclusión en la lista bienal obtenida, a la par que se le informará de las posibles causas de incapacidad, incompatibilidad y excusa, así como del procedimiento para su alegación. En función de ellas, o por carecer de los requisitos legales exigidos, los candidatos a jurados podrán formular reclamación ante el Juez Decano de los de Primera Instancia e Instrucción de su partido judicial, a efectos de su exclusión de la citada lista (también podrá reclamar, por los mismos motivos, cualquier ciudadano, aunque no haya sido designado candidato a jurado).

El Juez Decano, practicadas las diligencias que considere necesarias, resolverá las reclamaciones, sin que quepa posterior recurso. Si estimase alguna de ellas, comunicará la rectificación o exclusión correspondiente a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, a los efectos oportunos.

La lista definitiva será expuesta al público en los Ayuntamientos durante los dos años de su vigencia. Los candidatos a jurados, y el Alcalde de la localidad, están obligados a comunicar a la Audiencia Provincial cualquier cambio de domicilio o de circunstancia que pueda afectar a tal condición (también podrá hacerlo cualquier ciudadano, aunque no sea candidato a jurado). Nada dispone la Ley sobre el incumplimiento de esa obligación. En caso de reclamación, ésta será resuelta por la Audiencia Provincial (no por el Juez Decano, como en el anterior supuesto).

2. *Causas y sesiones*

Las Audiencias Provinciales y, en su caso, la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en los supuestos de aforados) efectuarán, con una antelación superior a los cuarenta días, antes del comienzo del período de sesiones correspondiente, un alarde de las causas señaladas para juicio oral, en las que hayan de intervenir jurados.

Por alarde hay que entender una relación de las causas que son competencia del Jurado, por cada Audiencia (u órgano jurisdiccional superior, en los supuestos de aforados) y período de tiempo establecido. Su confección corresponderá al Presidente del órgano, asistido por el Secretario del mismo.

A ese efecto, los períodos de sesiones establecidos son los siguientes: 1) desde el 1 de enero al 20 de marzo; 2) desde el 21 de marzo al 10 de junio; 3) desde el 11 de junio al 30 de septiembre, y 4) del 1 de octubre al 31 de diciembre.

3. *Candidatos a jurados para cada causa*

El Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, al menos un mes antes de comenzar la primera vista de juicio oral, citadas las partes, dispondrá que el Secretario, en audiencia pública, extraiga por

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sorteo, de la lista de candidatos a jurados de la provincia correspondiente, a treinta y seis candidatos a jurados por cada causa señalada en el período de sesiones siguiente. Deberá estar presente el Magistrado, por si hubiera de resolver incidencias en el acto. Nada se dice sobre la forma de llevar a cabo el sorteo, siendo ésta libre. De la dicción legal se desprende que en un mismo día se pueden realizar, sucesivamente, varios sorteos, cada uno con la presencia de su respectivo Presidente. Aunque la Ley guarda silencio, entendemos que el fedatario extenderá acta de lo actuado.

Posteriormente, se notificará la designación a los candidatos a jurados elegidos y se les citará para la vista del juicio oral. La cédula de citación contendrá un cuestionario (mejor, pensamos que irá acompañada de éste) especificando las eventuales faltas de requisitos, causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones que los candidatos deben obligatoriamente manifestar, así como las excusas que pueden alegar. También se acompañará información sobre la función a realizar, deberes y derechos (especialmente, la retribución que les corresponda).

Los candidatos a jurados designados devolverán el cuestionario (debidamente cumplimentado y acompañado, en su caso, de las justificaciones documentales) al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado.

4. *Recusaciones, excusas y advertencias*

Las partes, a quienes se habrá entregado previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados (entendemos que se les facilitarán copias, o se pondrán los originales a su disposición en la Secretaría), podrán formular recusación por falta de los requisitos legales exigidos, o por causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

De la redacción de la Ley (artículo veintidós) parece deducirse que, amén de las consabidas excusas de los candidatos designados, también podrán presentarse advertencias por un tercero.

Practicadas en el acto de una vista las diligencias propuestas, resolverá el Magistrado-Presidente (suponemos que mediante auto irrecurrible, por analogía con la regulación de situaciones similares en la propia Ley, ya que ésta nada dispone al respecto).

Si, a causa de ello, el número de candidatos a jurados designados para una causa concreta fuese inferior a veinte, se procederá a un nuevo sorteo para completar dicho número, entre los de la lista bienal de la provincia.

V. Constitución del Tribunal del Jurado

El día y hora señalados para el juicio se constituirá el Magistrado-Presidente con la asistencia del Secretario Judicial y la presencia de las partes. Puede ocurrir que concurran o no al menos veinte de los candidatos a jurados convocados, procediéndose, en consecuencia, de una u otra forma; a saber:

1. *Recusación de candidatos a jurados*

Si efectivamente concurren, el Magistrado-Presidente abrirá la sesión. Después, interrogará a los candidatos a jurados sobre los requisitos legales para ser tales, posibles causas de incapacidad, incompatibilidades, prohibiciones o excusas. Seguidamente, también, lo podrán hacer las partes, así como recusar a los que, a su criterio, incurran en incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

En dicho acto, el Magistrado-Presidente resolverá, en su caso, sobre las recusaciones, oído el candidato recusado; contra la resolución judicial no cabrá recurso alguno, aunque sí protesta a los efectos del recurso que proceda en su día contra la sentencia (artículo treinta y ocho).

2. *Complemento del número de candidatos*

Si, por el contrario, no concurren al menos veinte de los candidatos a jurados convocados (o, como consecuencia de las exclusiones previstas en el descrito acto de comparecencia, resultan menos de dicho número), se procederá a un nuevo señalamiento dentro de los quince días siguientes.

A tal efecto, se citará a los comparecidos (hay que entender que con la salvedad de las exclusiones aceptadas por el Magistrado) y a los ausentes, así como a un número no superior a ocho que serán designados por sorteo en el acto de entre los de la lista bienal (y sobre los cuales pueden las partes, a su vez, en ese momento, plantear recusación, completándose, en su caso, el número de los ocho candidatos complementarios con un nuevo sorteo).

El Magistrado-Presidente impondrá (queda claro su carácter imperativo) la multa de veinticinco mil pesetas al candidato a jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación ni justificado (entendemos que a priori o a posteriori) su ausencia. Para la falta injustificada a la segunda citación, la multa será de cien mil a doscientas cincuenta mil

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pesetas (cuya cuantía, que no su imposición, la Ley deja al arbitrio del Magistrado, en función de la situación económica del incomparecido).

No obteniéndose en la segunda convocatoria tampoco el número de veinte candidatos a jurados, se realizarán sucesivos sorteos complementarios y convocatorias hasta lograr la concurrencia necesaria (artículo treinta y nueve).

3. *Selección*

Si, como consecuencia de uno de los procedimientos descritos en los dos apartados anteriores, concurriese el número mínimo de veinte candidatos a jurados, se procederá a un sorteo sucesivo para seleccionar a los nueve jurados que formarán parte del Tribunal, y otros dos más como suplentes.

El Secretario extraerá, uno a uno, los nombres de una urna. Las partes podrán formular preguntas a cada designado y recusar, sin motivo justificado, hasta un máximo de cuatro por las acusaciones y otros cuatro por las defensas. Si hubiere varias acusaciones o defensas, deberán ponerse de acuerdo en orden a las recusaciones; en su defecto, se decidirá por sorteo (en este caso, la redacción de la Ley resulta algo confusa, si no carente de equidad). Además, las partes civiles no podrán recusar sin causa.

Los designados como suplentes también pueden ser objeto de recusación inmotivada, siempre que el número que reste de candidatos sea superior a dos.

Culminado el sorteo, del que el Secretario extenderá acta, se constituirá el Tribunal del Jurado. A pesar de esta última precisión del artículo cuarenta de la Ley, entendemos que la labor del fedatario judicial se extiende, aunque tenga lugar en diferentes momentos y actas, a todo el procedimiento de selección de los candidatos a jurados (es decir, concurrencia de los integrantes del Tribunal, posibles recusaciones, imposición de multas, así como sorteos para completar el número mínimo de candidatos a jurados y para la selección de los mismos).

A continuación, se recibirá juramento o promesa a los seleccionados para actuar como jurados, conforme prescribe el artículo cuarenta y uno. La misma norma contempla la posibilidad de que alguno (o algunos, añadimos) se niegue a prestarlo, lo que le podrá significar la imposición de una multa y, si persistiera en su negativa, la deducción del oportuno tanto de culpa. En su lugar será llamado el suplente. Pero, si fuesen más de dos los que se negasen a prestar el juramento o promesa, estimamos

que habrá que proceder a un nuevo sorteo, con la correspondiente repetición de trámites.

VI. Conclusión

La precipitación en la preparación del texto legal, sin realizar las consultas, que el sentido común aconseja, a los organismos públicos correspondientes (Universidades, etcétera), se percibe a lo largo de todo su articulado, en general, y de lo referente al estatuto y a la selección de los jurados, en particular. Durante el presente trabajo hemos ido denunciando, sin ánimo exhaustivo, numerosos defectos y errores puntuales, junto a zonas confusas y oscuras de la Ley que, de haberse elaborado con atención detenida y sosegada, con la desinteresada colaboración ya apuntada de las instituciones adecuadas, hubiera, sin duda alguna, mejorado notablemente el texto legal definitivamente presentado al pueblo español (que, como se dijo con anterioridad, precisó, antes de su entrada en vigor, de una importante reforma).

A nuestro criterio, merece una positiva valoración el establecimiento de un número impar de miembros jurados y la retribución de su función.

En cuanto a los requisitos, incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y excusas, remitimos a lo expuesto con anterioridad, recordando especialmente la conveniencia de una más acertada regulación de las edades mínima y máxima para ser jurado, la incompatibilidad de los juristas no ejercientes y la mención expresa del acusador popular entre los supuestos de prohibición, así como la necesidad de precisar más las excusas (concretamente, merece detenida atención la objeción de conciencia).

La fase de elaboración y rectificación de las listas de los candidatos, de carácter puramente administrativa, aunque con plausible control judicial, permite reclamaciones ante distintos órganos judiciales (el Juez Decano de la localidad y la Audiencia Provincial, según el caso), circunstancia diferencial no siempre justificada. La regulación se presenta bastante prolija y admite la posibilidad de incidentes de reclamación, con posibles sorteos posteriores, que, de seguro, repercutirán negativamente en la deseada celeridad.

También, valoramos positivamente la formación de las listas de candidatos a jurados a partir del censo electoral, con absoluta publicidad, aunque echamos en falta la deseable proporcionalidad en su composi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción. Asimismo, estimamos plausible la formación de un jurado para cada causa.

Además, el sistema de selección de jurados ante el Magistrado-Presidente, hasta alcanzar la constitución del Tribunal, se caracteriza igualmente por su lentitud y complejidad de trámites, en parte impuestos por el elevado número de miembros legos en el Tribunal (nueve titulares y dos suplentes). Con un modelo de jurado evolucionado, mixto o escabinado, reducido en su composición (especialmente, para infracciones leves), el procedimiento seleccionador sería sin duda más breve.

Pensamos que, en general, habría que contemplar la posibilidad legal de reducir el número de sorteos, que encarecen y demoran notablemente el procedimiento de selección y la constitución del Tribunal.

Por otra parte, la falta de recurso contra las resoluciones de los Jueces Decanos y de los Magistrados-Presidentes dificulta la adopción de unos criterios comunes en el tratamiento de las excusas. Sería conveniente la articulación de un medio de impugnación con tramitación rápida, tal como acontece en materia contencioso-electoral. De este modo, se evitaría la falta de homogeneidad en la resolución de las excusas, con la consiguiente inseguridad provocada.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

EL SECRETARIO EN LA EJECUCIÓN

Prof. Dr. D. ERNESTO PEDRAZ PENALVA
Catedrático de Derecho Procesal
M.ª JOSÉ MORAL MORO
Profesora A. de Derecho Procesal

I. Desde el Estado tránsito Liberal viene proclamándose la necesaria articulación de los diversos poderes, de las distintas fuerzas sociales en una orgánica pública (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) armonizadora de tal fragmentación social, con miras a lograr un «gobierno moderado», único medio de asegurar la libertad política [1]. Centrándonos en el judicial señalaremos que, en su modelo continental [2] —en el «Rechtsstaat» [3]—,

1. De este modo ya MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois* (manejamos la edición siguiente: Texte établi avec une introduction des notes et des variantes par G. Truc., Paris, Garnier, 1949, 2 tomos) en el Libro XI «La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsque'on abuse pas du pouvoir, mais c'est une experiénce éternelle que tout homme qui a du pouvoir est portés à en abuser; ...il faut que, par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir». Sobre la concepción de este autor a la luz de la interpretación política y con crítica de la jurídica o separatista, véase PEDRAZ PENALVA, E., «De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», en Rev.de Administración Pública 1976, 79, también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Akal,1990, pp. 9 y ss.

2. El modelo continental de Estado de Derecho encuentra su origen, por un lado, en un Parlamento que con previsión Montesquieu ubicó en el balance de su división de poderes y cuya prevalencia permitirá con el positivismo jurídico el primer Estado de Derecho; por otro, en la protección por el propio Estado de todo derecho, tanto objetivo

responde a aquella objetivación del poder estatal confiada exclusiva y excluyentemente a los jueces y magistrados, encargados de realizar en el caso concreto la verdad de la Primera Norma; es decir, los derechos fundamentales[4]. Resultan así dos esenciales afirmaciones: que la actividad jurisdiccional, en tanto que jurídicamente estructurada y delimitada encuentra su origen y su ámbito de ejercicio en la Ley Suprema; y en segundo lugar, que sólo los jueces y magistrados son titulares de la jurisdicción (Así puede deducirse de los arts. 9, 17, 18, 20, 22, 24, 25, 53, 106, 117, 118, 122, 127, 163, etc., CE[5]). Expresado de otra manera, constitucionalmente el Estado concreta una parte de su poder en los jueces y magistrados; jueces y magistrados que además deben estar previamente establecidos (arts.10 de la DUDH, art. 6 CEDH; 14.1 PIDCP, 8.1 PSJCR y 24.2 CE[6]), cuyo actuar ha de sujetarse a la ley que constituye al mismo tiempo límite y objeto de su decisión.

Haciendo un inciso destaquemos que precisamente los jueces se legitiman no sólo por su titularidad sino en la racionalidad del ejercicio de su «competencia»[7] jurisdiccional; o sea habrán de legitimarse como tales (jueces) por la razón de la profesionalidad específica que instrumenta la función jurisdiccional y que debió ser la que les habilitó para su acceso a la magistratura. Carece por ende de significado hablar de legitimidad popular. No es sólo trasponer un concepto y sentido extraños a nuestra configuración y vigencia históricas dentro del «civil law», sino además amputar uno de los esenciales pilares: junto al de titularidad el asimismo irrenunciable del ejercicio. Desde aquí es inteligible la predicada constitucional virtualidad de la autoridad jurisprudencial(vid. arts. 53.2, 103, 118, etc. CE) que con miras a la protección jurídica sustantiva de la libertad se articula en la profesional independencia que imparcialmente ha de hacer valer el juez en el caso con la garantía de su conocimiento procesal[8].

El sometimiento del juez a la ley —que le identifica y define en los países del «civil law»— constituye la «conditio sine qua non» de su independencia[9], nota que a su vez es la que permite al juez que al resol-

como subjetivo, sea su contenido político o social y cualesquiera que fuere su especializado campo, conforme al debido proceso mediante órganos judiciales cuya institucionalizada independencia frente a todos adquiere pleno realce, en especial, a causa de la expansiva restrospección de la valoración implícita en la ley y acorde a la inmediata trascendencia tópica del conflicto jurídico, al que únicamente puede acercarse para su resolución de este modo y con la autoridad jurisprudencial el juez *profesional* del caso. Así, PEDRAZ PENALVA, E., «El derecho al debido proceso y el secretario judicial», en Acta Judicial, diciembre 1995, núm. 6, pp. 9/11.

3. Cfr. KUNIG, P., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986.

4. Cfr. BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, passim. De imprescindible manejo para entender los derechos fundamentales es la obra de BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, asimismo, ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid, 1993, GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, 1994, etc.

5. En la misma línea en el art. 117.1 y 3 CE, 92 en relación con el 101.1 de la GG («Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut;...» (El poder judicial está atribuido a los jueces); «...Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden» (Nadie podrá ser sustraído a su juez legal). [Vid. HOLTKOTTEN, H., *Kommentar zur bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1971., MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, München und Berlin, 1964., MARX,E., *Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs.I. Satz 2 Grundgesetz*, Berlin, 1969. ACHENBACH, «Staatsanwalt und gesetzlicher Richter —ein vergessenes Problem?», en *Festschrift für Wassermann*, 1985, etc.]; el art. 104 de la Constitución italiana de 1947 establece que «los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley»; en Francia, en el art. 64 de la Constitución de 1958, se previene que «El Presidente de la Republica es el garante de la independencia judicial».

6. DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10.12.1948; CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4.11.1950; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966; PSJCR: Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 22.11.1969.

7. Hablamos de competencia aludiendo a la potestad jurisdiccional como «competencia constitucionalmente establecida», como ámbito de acción del poder (judicial) constitucionalmente definido...» (Sic. PEDRAZ PENALVA, E., «De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano», RAP, 1976, 79, pp. 149 y ss.

8. Esta perspectiva ofrece un evidente apoyo crítico a la caduca restauración del Jurado. Sobre ello vid. PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el significado y vigencia del jurado» en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, op. cit., pp. 59 y ss; del mismo,»El jurado como vía de participación popular», Rev. LA LEY, n.º 3509 (29 de abril de 1994), pp. 1-5., también en «notas sobre el jurado que viene», en Revista del ilustre colegio de abogados del Señorío de Vizcaya, enero/marzo, 1996.

9 Conviene de este modo recordar a SCHMITT C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1992: «Pues el juez es «independiente», sólo a condición de que haya una norma de la que dependa, tanto más incondicionadamente cuanto que por «norma» es preciso entender una regla general fijada de antemano... El juez como tal no puede tener nunca un poder o autoridad independiente de la validez de la ley... (p. 144)...La independencia del juez respecto de mandatos oficiales, por ejemplo, tiene su esencial correlato en la dependencia del juez con respecto de la ley. Depender de la ley significa otra cosa que depender de mandatos y órdenes especiales de un superior, significa una cosa contrapuesta. Si el legislador puede adoptar la forma de la ley para dirigir mandatos al juez, éste deja de ser independiente; depende de los órganos competentes para legislar; y si éstos pueden usar su competencia legislativa para dirigir al juez órdenes especiales y decretos, ellos son, precisamente, los superiores jerárquicos del juez. Sólo en tanto se mantenga el carácter general de la ley son independientes los jueces (pp. 162-39)». Vid. Acerca de su concepto de ley, pp. 149 y ss. También KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. 326, planteó que «los jueces son, por regla general, «independientes», esto es, están sujetos solamente a las leyes y no a las órdenes o «instrucciones» de órganos superiores, judiciales o administrativos».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ver se atenga en exclusiva al mandato normativo [10]. La independencia judicial proscribe su sujeción a criterios particulares o discriminatorios sustrayendo a los jueces orgánica (sobre todo con la inamovilidad, arts. 97.2 GG, 107 CIt., 117.2 CE) y objetivamente (dentro de la esfera de su actuar) a las interferencias de cualesquiera poderes o autoridades [11]. La independencia [12], rectamente inteligible pues en sentido negativo, se articula funcionalmente —es decir, en el desarrollo procesal de la jurisdicción— en la imperativa imparcialidad. El arquetipo de juez, en el sistema del «ius civile», presume y requiere de manera ineludible la preexistencia de una Ley. El principio de legalidad (material y procesal) es irrenunciable en nuestro Estado de Derecho [13, 14].

Residenciada constitucionalmente (art. 117 CE) la potestad jurisdiccional, con carácter único y exclusivo en los Jueces y Magistrados, su propio ejercicio impone una estructura permisiva de su desenvolvimiento articulada en los denominados Juzgados y Tribunales. En estos órganos de naturaleza estatal se integra asimismo una pluralidad de oficios no equivalentes que contribuyen a posibilitar la administración de la Justicia [15].

De tal diversidad que compone el órgano jurisdiccional, forma parte

10. Vid. supra nota 2.

11. Liberalmente, la vinculación judicial a la ley comportaba previsibilidad, asegurando al individuo un ámbito de libertad frente a cualquier interferencia del Estado.

12. Para un sector de la literatura alemana el art. 97.1 GG consagra la *independencia material* (en el sentido de libertad del juez frente a las instrucciones del ejecutivo) y la *personal* referida a su inamovilidad y remuneración). Así vid. STEIN, E., *Derecho Político*, Madrid, 1973, p. 106.

13. Más ampliamente sobre la independencia vid. SIMON, D.,*Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, 1975., WASSERMANN, R., *Die richterliche Gewalt*, Heidelberg, 1985., PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el «poder» judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», en Rev. de Documentación Jurídica, número monográfico dedicado a la LOPJ, 1984, T. XII, vol. 1., también en *Constitución Jurisdicción y Proceso*, cit., pp. 141 y ss., y, del mismo recientemente, «Del Consejo general del Poder Judicial y de la selección de sus miembros», Rev. LA LEY, núm. 4018, jueves 18.4.1996. etc.

14. El cambio del Estado liberal al denominado Estado social y democrático de Derecho (vid. la obra de ABENDROTH/FORSTHOFF/DOEHRING, *El Estado social*, Madrid, 1986, passim.) ha originado importantes transformaciones entre las que interesa aludir al nuevo significado y valor de la Ley y, correlativamente, a la profunda reconceptualización de la tarea de los jueces. Vid. sumariamente en PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, op. cit., esp. pp. 336-341

15. ÑÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., «El Gobierno de la Justicia», *I Congreso Internacional de Castilla León* (Valladolid, septiembre 1994), Valladolid, 1996, mantiene que el Juzgado o Tribunal constituye el marco que aúna el trabajo de una pluralidad de personas, «...todas ellas integrantes del órgano jurisdiccional».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

destacada el secretario judicial al corresponderle todo un haz de importantes actuaciones procesales [16], en especial a resultas de su múltiple potestad ordenadora, de instrumentación y de documentación, que desempeña con autonomía propia [17]. Aparece, por tanto, el secretario como un elemento de indiscutida transcendencia para el debido ejercicio de la actividad jurisdiccional y, de esta manera, en el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que abarca.

Puesto de manifiesto el relevante papel secretarial, es aconsejable asimismo recordar la jurisdiccionalidad de la ejecución, en su caso, de los pronunciamientos dictados en desarrollo de la potestad jurisdiccional.

Si bien no coincidimos con la panteísta y desconceptualizadora visión que nuestro TC da al art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) [18], indiferenciándolo del derecho al debido proceso (art. 24.2 CE) en el que a nuestro modo de ver encaja el «derecho a la ejecución», bástenos aquí y ahora con resaltar la constitucional cobertura por ese precepto del derecho a la eventual realización coactiva del mandato jurisdiccional. De ese modo, el TC viene reiteradamente declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva que incorpora, supone el que tienen todas las personas al acceso a los órganos judiciales para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos y, a tal fin, a la formulación de alegaciones, a la propuesta y práctica de la prueba pertinente (SSTC.149/1987, de 30 de septiembre, 158/1989, de 16 de marzo, 33/1992, de 18 de marzo, 87/1992, de 8 de junio, que proclaman su inseparabilidad del derecho mismo a la defensa), a obtener de dichos órganos una resolución fundada sobre las pretensiones oportunamente deducidas, con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidas, a

16. Sin olvidar otras de disímil índole: administrativas, etc. Vid. los diversos trabajos sobre el secretario, sus funciones y la secretaría judicial de PEDRAZ PENALVA, E., «Notas sobre la oficina judicial y su reforma», en Justicia 89, núm. IV, pp. 847 a 870, «Documentos y medios mecánicos de reproducción», Documentación Jurídica, T. XVIII, enero-marzo 1991, pp. 79-91. «Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio», Comentario a la STS 2.ª de 16.10.1991, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 28 de 15.11.1991, pp. 1-2. «La nueva Secretaría Judicial», en Rev.Poder Judicial, núm. 26, 1992, pp. 85 a 109. «Sobre el Secretario y la Secretaría Judicial», en Acta Judicial, núm. 3, octubre 1993, p. 2. «Medidas procesales para la agilización de la Justicia española», en *VII Jornadas de la Fe Pública Judicial* (Santiago de Compostela 22-24 de octubre 1992), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1995, pp. 109-129, etc.

17. Habiéndose llegado a decir por CARNELUTTI, F., *Trattato del processo civile*, Napoles, 1958, p. 83 y ss. que dicha potestad forma parte de ese haz de facultades que constituye la facultad jurisdiccional.

18. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «El derecho al debido proceso y el secretario judicial», en Acta judicial núm. 6, dic.1995, pp. 9 y ss.

interponer los recursos previstos en las leyes (SSTC. 50/1990, de 26 de marzo, 239/1991, de 12 de diciembre, 31/1992, de 18 de marzo, 56/1992, de 8 de abril) y a la inmodificabilidad y efectividad de las resoluciones judiciales firmes, eventualmente, mediante la ejecución de las mismas[19] (SSTC.100/1988, de 7 de junio, 101/1987, de 15 de junio, 61/1992, de 23 de abril, 107/1992, de 1 de julio, 153/1992, de 19 de octubre, 91/1993, de 15 de marzo, 210/1993, de 28 de junio, 247/1993, de 19 de julio, 253/1993, de 20 de julio, 39/1994, de 15 de febrero, 104/1994, de 11 de abril, 9/1996, de 29 de enero, 23/1996, de 13 de febrero, etc.)[20].

El TEDH, al referirse al cumplimiento del derecho a ser oído equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley... (art. 6.1 CEDH), ha proclamado asimismo que la ejecución forma parte del proceso (SSTEDH de 23.3.1994 Silva Pontes c. Portugal, de 26.10.1988; Martins Moreira c. Portugal, de 26.9.1996; Di pede c. Italia; y también de 26.9.1996, Zappia c. Italia, etc); proceso, añadiríamos, imprescindible para el rogado desarrollo de la potestad jurisdiccional atribuida con carácter exclusivo a los jueces y magistrados.

La ejecución es, pues, una actividad jurisdiccional integrante del proceso, conceptual y funcionalmente[21]. A diferencia del sistema existente en otros ordenamientos el nuestro la configura no como una actividad administrativa sino como una actividad —sí eventual— que ha de ser en todo caso acordada, intervenida y controlada por el Juez[22].

En efecto, en España, diversamente a lo que sucede en otros países cercanos de Europa como Francia, Italia, y Alemania, el órgano ejecutor

19. Hablamos lógicamente de eventual ejecución por cuanto, y como es sabido, tal realización estatal coactiva patrimonial del pronunciamiento firme sólo es factible tratándose de los de las sentencias declarativas de condena y no de las constitutivas y meros-declarativas.

20. Sin perjuicio además, en su caso, del derecho a la tutela cautelar, punto importante éste que amén de su intrínseca importancia, pudiere llegar a decirse que es uno de los medios procesales para disminuir la litigiosidad y, simultáneamente, para conseguir una más rápida satisfacción judicial del derecho e interés legítimos infringidos (Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985, esp. pp. 57 y ss.; del mismo, «La tutela cautelar durante la paralización del proceso civil de declaración», en Justicia 90, III, pp. 581 y ss.)

21. GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, (*Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1976, p. 246) afirma que «la ejecución forzosa, lo mismo que el proceso declarativo, forma parte de la jurisdicción».

22. En este sentido MANZANA LAGUARDA, R., «La ejecución procesal y su adecuación constitucional», Rev. General de Derecho, 1990, pp. 2 y 3.

primordial[23] es el mismo que ha declarado Derecho, es decir que ha sentenciado o ha creado el título,[24] sin perjuicio de que originaria o derivativamente sean también órganos de ejecución el secretario y el agente judicial. En cambio en estos otros Estados, el ejecutor (*Gerischtsvollzieher*, en Alemania, *Huissier*, en Francia y *ufficiale giudiziario* en Italia[25]) es un órgano independiente que actúa por encargo del acreedor con amplia libertad de movimientos aunque dependiente del juez, del proceso y de la ejecución[26, 27].

Algunos autores[28] consideran conveniente introducir en España órganos administrativos autónomos encargados de la ejecución, a semejanza del *Gerichtsvollzieher, Huissier* y del *Ufficiale* de ejecución, que ejerzan sus funciones autónomamente, y separarla así de la potestad jurisdiccional. Sin embargo nuestra Carta Magna, junto con el art. 2 de la LOPJ, encomienda la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los «Juzgados y Tribunales». A nuestro entender la introducción de estos órganos administrativos en España, si fuere sustituyendo y no completando a los judiciales[29], comportaría no sólo modificar la LOPJ sino además ignorar la Constitución y nuestra tradición histórica.

A la vista de tales inconvenientes, y siempre con vistas a la acelera-

23. Así lo califican GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 248.

24. Nos referimos a su jurisdiccionalidad sin perjuicio del art. 919 LEC que proclama que funcionalmente competente para la ejecución será el Juez o Tribunal que hubiere conocido en primera instancia.

25. Vid. ALLORIO, E., *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1970, pp. 201 y ss.

26. CALAMANDREI,P.,(*Instituciones di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, T. II, Pádova, 1943, e *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, Buenos Aires, 1962, p. 50.) les califica de órganos judiciales autónomos, que aunque no formen parte del órgano jurisdiccional, tienen en el proceso importantes funciones encomendadas en materia de ejecución. ROSENBERG, L., (*Tratado de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1955, p. 139) les considera funcionarios independientes, encargados de las notificaciones y ejecuciones, que realizan su tarea con independencia y bajo su propia responsabilidad pero siempre sometidos al control del Tribunal.

27. Por tanto, entre nosotros, el juez es el órgano de la ejecución que actúa con jurisdicción propia; todos los demás componentes del órgano jurisdiccional lo hacen con jurisdicción delegada, ya que cualquier acto que realicen y resulte lesivo puede ser recurrido ante el juez, exceptuando al secretario cuya específica tarea como fedatario público le viene originaria e indiscutiblemente atribuida.

28. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A, *Derecho Procesal Civil*, T. II, Madrid, 1990, p. 42.

29. No habría problema, de acuerdo con los nuevos tiempos, para completar transitoria o con carácter fijo la secretaría judicial —que no al secretario— encargada de llevar a cabo todas las actividades ejecutivas jurisdiccionalmente acordadas, con personal especializado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción de la Justicia descargando a los jueces de algunas de sus cometidos, otros autores[30] consideran que los secretarios, funcionarios de gran preparación y formación, son los órganos más capacitados para llevar (a parte de su específica e irrenunciable de autenticación) estas tareas ejecutivas, actuando con gran autonomía pero siempre bajo el control y dirección del responsable de la ejecución, que es el Juez. No se trata pues de hacer del secretario un ejecutor independiente, sino de permitirle asumir la dirección inmediata y la responsabilidad de la mayor parte de los trámites de la función ejecutiva[31].

Recordemos que ya nuestro derecho histórico sitúa el cuerpo de secretarios judiciales dentro de aquéllos cuya misión es auxiliar a los Juzgados y Tribunales, no considerándoles parte del Poder judicial ya que la posibilidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se considera atribuída en exclusividad a Jueces y Magistrados, de conformidad además con el carácter único de la jurisdicción.

Empero todo ello no puede ser óbice para desconocer el significativo papel a jugar por el secretario en una de las tareas nucleares de nuestro Estado de Derecho: velar por la observancia de los derechos y libertades básicos, según de modo expreso ha tenido que reconocer el legislador al aceptar la imprescindible presencia secretarial en actuaciones lesivas de derechos fundamentales, como por ejemplo en la entrada y registro domiciliarios (L. 22/1995 de 17 de julio, que modifica, una vez más, el art. 569.IV LECrim). Éstos y otros argumentos son en nuestra opinión suficientes para rechazar su genérica, difusa y confusa calificación legal (según se desprende de los apartados I y VIII de la Exposición de Motivos, así como del libro IV de la LOPJ y de sus arts 454 y 473[32]), junto a agentes, auxiliares y oficiales, médicos forenses, como «...personal al servicio de la Administración de Justicia»[33]. Tal calificación no debe sin embargo impedirnos reconocer el avance en favor del secretariado que comportó la LOPJ de 1985 aunque, adelantaremos, lamentablemente, se vuelve a perder ocasión de hacer una gran reforma ampliando aún más sus competencias aprovechando sus conocimientos jurídicos y en especial procesales, encomendándoles la mayoría del control de la ejecución, y acercándoles cada vez más a la dirección seguida en otros países lo que como efecto reflejo redundaría en una mejora y agilización de nuestra Justicia.

30. SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El apremio de inmuebles*, Pamplona, 1986, p. 347.

31. Cfr. MÉNDEZ LÓPEZ I., (*El embargo y su práctica*, Oviedo, 1994, p. 163) no comparte esta opinión porque considera que encargar al secretario de las tareas ejecutivas para descargar al juez de las que no sean estrictamente jurisdiccionales, en nada agiliza el proceso de ejecución, ni resulta más eficaz por ello. Es más, encomendar plenamente la ejecución al secretario choca frontalmente con el art. 117.3 CE y colocar bajo la supervisión y dirección del juez los actos que integran la ejecución supone situar esta actividad en una frontera muy peligrosa a la hora de delimitar las competencias del juez y del secretario en esta materia, desvirtuándose así la función que ha de caracterizar al secretario en esta materia, esto es la de ser fedatario público.

32. Reiterándose la vieja LOPJ de 1870.

33. Con su característica agudeza FAIREN GUILLÉN, V., «Colofón a un comentario de la LOPJ, de 1 de julio de 1985», en RDProc., n.º 3, 1995, se pregunta si con esta expresión el legislador orgánico quiso aludir a que los jueces y magistrados no estaban al servicio de la Justicia.

La insuficiencia reguladora de la figura del secretario se ve confirmada en el RD 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, en el que es considerado (art. 1) como funcionario público de caracter técnico que constituye un cuerpo nacional titulado superior al servicio de la administración de la Justicia, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Explicita además que éste con carácter de autoridad, ejerce con independencia y autonomía la fe pública judicial, y desempeña funciones de dirección de la oficina judicial y de ordenación del proceso. Sin embargo, el propio Reglamento, en la introducción justificativa, advierte que el perfil actual del secretario está inconcluso, y que podrá asumir nuevas funciones. Parece correcto pensar que el legislador no tiene formada una conciencia muy clara de la configuración del secretario en el confuso modelo procesal vigente, salvo por lo que respecta a su dependencia orgánica del Ministerio de Justicia[34], cuestionada además —pero afortunadamente aún no consumada— en las últimos tiempos con las transferencias en materia de «Administración de Justicia» a determinadas Comunidades Autónomas que han reclamado junto a agentes, auxiliares y oficiales el traspaso de los secretarios.

En el otro extremo, nos parecen también rechazables aquellos argumentos expuestos en la discusión parlamentaria de la vigente LOPJ en defensa de enmiendas orientadas a conceder al secretario judicial no sólo una autonomía funcional sino a reconocer su participación, como integrante del órgano jurisdiccional junto a los Jueces y Magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sin embargo nos parece muy correcta la posición defendida por el TC, quien en Sentencia de 29 de marzo de 1990 declaró que el secretario tiene que pasar de ser conside-

34. ROBLEDO VILLAR, A., «Justicia y Secretario Judicial. Notas para una definición orgánica» en Rev. La LEY, 1994, T. 3, p. 1021.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rado como un *cualificado asistente* a un *colaborador imprescindible* del Poder judicial, postura ya presente en un destacado sector de la literatura que viene sosteniendo la mala ubicación de esta figura en la LOPJ pues, y según ya señalamos mas arriba, no es una «simple persona al servicio de la Administración de Justicia», ya que eso no tiene nada de particular dado que también los jueces están al servicio de la administración de Justicia. FAIREN llega de este modo a definirlo como un cooperador[35]. De aquí nuestro criterio en pro de su necesaria participación en el CGPJ y, en todo caso, su dependencia exclusiva del mismo[36].

De manera incondicional nos mostramos también partidarios de una asignación clara y expresa de funciones, a tenor de la Recomendación del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986, en la que representantes de 21 Estados miembros propusieron una serie de medidas para prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, causante en no poco grado de los enormes retrasos directamente lesivos del derecho que el art. 6 del CEDH reconoce a toda persona, a que su causa sea vista en un plazo razonable. Según la citada Recomendación, el incremento del número de procesos pendientes en los Tribunales está en estrecha conexión con el creciente número de funciones no jurisdiccionales todavía confiadas al juez. Para descargar al juez de estas funciones no jurisdiccionales se sugiere como eficaz remedio su traspaso a otro funcionario judicial; citándose como modelo a seguir el existente en Alemania y Austria, países en los que los asuntos en materia de ejecución son atribuidos al «Rechtspfleger»[37].

II. Si bien la LOPJ de 1985 refuerza en cierta medida la figura del secretario al darle una mayor intervención en el proceso, el legislador orgánico no ha mostrado similar inclinación respecto de las funciones de ejecución, ignorando además así la supramencionada tendencia de otros Ordenamientos[38]. Piénsese en la orientación germano-austríaca que parece primar en los planteamientos de algunos autores[39].

35. FAIREN GUILLÉN, V.», Colofón a un comentario de la LOPJ, de 1 de julio de 1985», cit., p. 628.

36. Así PEDRAZ PENALVA, E, «Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros», cit., esp. p. 8. También en *El Gobierno de la Justicia (El Consejo General del Poder Judicial)*, Valladolid, 1996, pp. 27 y ss.

37. Para conocer al alemán «Rechtpfleger» sigue teniendo validez el trabajo de PRIETO-CASTRO, L., «El Rechtpfleger», en *Libro-Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, pp. 475 y ss.

38. Vid. las declaraciones a la Revista Acta Judicial, núm. 6, diciembre, 1995, p. 10, del Presidente del Comité Central del Ministerio de Austria, Paul Sturm.

En materia de ejecución, la LOPJ alude en su art. 280.2, dentro del capítulo primero del título VI, a las diligencias de ejecución del secretario; diligencias que del art. 282 del mismo texto legal cabe deducir su exclusiva adscripción secretarial y la consiguiente proscripción normativa de delegarlas en el oficial, al que únicamente cabría encomendar la constancia que pueda acompañar a tal actividad procesal. A tenor, por consiguiente, de los arts 288 y 289 LOPJ competen con exclusividad al secretario las diligencias de ordenación y propuestas de resolución en materia de ejecución.

III. Con la modificación introducida por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, la figura del secretario en la ejecución experimenta novedades que no suponen más que una corta respuesta a las insistentes peticiones formuladas por un significativo sector de la bibliografía acerca de una ampliación de su funciones y, señaladamente, una mayor intervención en materias de ejecución[40]. El objetivo buscado era liberar a los Jueces de la actividad procedimental con el fin de racionalizar los escasos recursos de la administración de la justicia[41]; lo que comporta, sin lugar a dudas, una mayor agilidad en la tramitación y una descarga de trabajo para el juez.

Antes de centrarnos en este punto, recordemos brevemente las funciones que las leyes procesales, el Reglamento orgánico del Cuerpo de Secretarios (RD. 429/1988 de 29 de abril) y más recientemente el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales le atribuyen:

a) De documentación: Dirigida a la formación de documentos; constituyendo la garantía formal de los actos procesales.

Aparece así la documentación como una exigencia de la constancia

39. En esta línea vid. SEOANE CACHARRÓN, J., «Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial». V Jornadas de la Fe Pública Judicial, en Documentación Jurídica, núm. 69, pp. 147 y ss.

40. Así CIMA GARCÍA, C., «Apuntes para la agilización de los actos procesales de la vía de apremio en la Ley de Enjuiciamiento Civil», V Jornadas de la fe pública judicial, Documentación jurídica, Enero-marzo 1991, p. 185; SEOANE CACHARRÓN, J., «Hacia un modelo de Secretario Judicial», Rev. Jca. Tapia, mayo-abril, 1992, pp. 3 y ss.; MARTÍN OSTOS, J., «Hacia un nuevo Secretario Judicial español, Justicia 91, 1991, p. 779; GÓMEZ DE LIAÑO, F., «Medidas para agilizar la ejecución», V Jornadas de la fe pública Judicial, Documentación Jurídica, n.º 69, 1991, p. 47.

41. Así, FRANCO ARIAS, J., y otros, *Reforma de los Procesos civiles (Comentario de la ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)* Barcelona, 1992, p. 156, propugna explícitamente a su liberación de una actuación más o menos de impulso procesal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

escrita de actuaciones procesales a fin de que puedan trascender a las partes, al órgano jurisdiccional y a terceros.

b) De dación de fe: Entendiendo por tal la autorización por el secretario de todas las actuaciones procesales, tanto a efectos de garantizar su validez intrínseca y extrínseca como la certeza del acto[42]. Está estrechamente vinculada a la de documentación. Ambas, exclusivas del Secretario[43], deben estar separadas de la potestad decisoria del litigio, que corresponde únicamente al Juez[44].

Cabría distinguir la dación de fe de la autenticación, pues si la primera trata de la autorización de actos procesales la segunda radicaría en determinar la coincidencia entre apariencia y realidad[45].

c) De comunicación: En primer lugar, es el secretario órgano de comunicación entre el juez y las partes, asumiendo la realización de las notificaciones en general y demás actos de comunicación. En segundo lugar, es órgano de comunicación entre las partes y el juez, surgiendo así la dación de cuenta que consiste en exponer al órgano jurisdiccional la llegada de los escritos y documentos que se hubieran presentado en un proceso determinado, las actas autorizadas por el secretario fuera de la presencia judicial, así como el estado procesal en que se hallan los autos, en función del cual habrá de dictarse una determinada resolución[46].

d) De impulso y ordenación procesales[47]: Este enunciado acoge el

42. Con la LOPJ de 1985, art. 281.2 y, singularmente, con la última reforma citada en 1995 del art.569 IV LECrim, la actuación del Secretario judicial adquiere una relevancia especial. De una parte se confirma la plenitud de la fe pública secretarial en los actos en que debe ejercerla, no precisando intervención adicional de testigos y, de otra, se le reconceptualiza en su irrenunciable y decisiva tarea de tutela de los derechos fundamentales, así en su necesaria presencia en diligencias como en la entrada y registro. Vid. los trabajos cits. de PEDRAZ PENALVA, E., «Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio», Comentario a la STS.2.ª de 16.10.1991, en Actualidad Jurídica Aranzadi; y también del mismo «El Registro domiciliario», en *Comentarios sobre la reforma procesal (L. 10/1992 de 30 de abril)*, con otros, Oviedo, 1992, pp. 193 y ss.

43. Vid. STS de 16 de febrero de 1995. «La fe pública de los actos judiciales corresponde exclusivamente a los Secretarios judiciales, sin que a los mismos se extienda la función notarial».

44. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «Notas sobre el Secretario en el proyecto de la ley órganica del Poder judicial de 23 de febrero de 1985», Rev. LA LEY, T. II, pp. 1030 y ss.

45. PEDRAZ PENALVA, E., «La nueva Secretaría Judicial», en Rev. Poder Judicial, cit., p. 96.

46. Vid. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, 1993, pp. 599-600.

47. Art. 7 del Reglamento de Secretarios Judiciales, aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de abril.

grupo de tareas dirigidas a impulsar y ordenar el proceso, con la clara finalidad de eludir toda paralización del procedimiento, a través de las diligencias de ordenación y las propuestas de resolución. Por medio de las primeras se atribuye al secretario el poder dar a los autos el curso ordenado por la ley, impulsando formalmente el procedimiento en sus trámites a cuyo fin dictaría los proveídos necesarios. El secretario se convierte así en impulsor del proceso, marcando su ritmo según corresponde al principio procesal de impulso de oficio.

La ordenación procesal se explicita en la intervención legalmente reservada al secretario en el procedimiento de formación de determinadas resoluciones judiciales, consistente en su elaboración del texto de la decisión (bien providencia, bien auto), en todo caso necesitada de la conformidad del juez expresada con su firma. Si no estuviere de acuerdo con la propuesta secretarial de resolución, el juez dictará la que estime oportuna.

e) Burocrática o de oficina[48]: Es el secretario el director de ésta. Se incluyen las funciones que la LOPJ denomina de conservación y custodia y algunas otras de carácter similar. La jefatura de la secretaría ha de corresponder con carácter exclusivo al secretario[49], dotando así a la infraestructura judicial de la organización jerárquica permisiva de su eficaz funcionamiento y, al mismo tiempo, descargando al juez de lo que le estaba innecesariamente atribuido.

f) Decisoria: Acogemos aquí el conjunto de facultades secretariales expresivas del ámbito resolutorio no procedimental (de impulso y ordenación procesales) reconocido al secretario. Aludimos tanto a su intervención en las subastas como también a su función de dictar acuerdos en materia de acceso a los interesados a libros, archivos y registros judiciales.

Posponiendo lo concerniente a la ejecución, recordemos que el art. 4 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones judiciales, otorga a los secretarios facultades en esa esfera. Para ello los interesados en acceder a los documentos judiciales presentarán solicitud en la secretaría que será resuelta en un plazo de dos días mediante acuerdo del secretario, revisable por el juez o Presidente.

En la propuesta que hace PEDRAZ de lo que habría de reflejar el art. 237 LOPJ, el impulso procesal habría de corresponder al secretario, así en «La nueva Secretaría judicial...» en Rev. Poder Judicial, cit, esp. p. 93.

48. Art. 8 del citado Reglamento.

49. Vid. más ampliamente sobre ello, PEDRAZ PENALVA, E., «La nueva Secretaría Judicial», cit., passim.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

IV. Tras este breve inciso acerca de las funciones secretariales en general, hemos de apuntar que su papel en la ejecución se constriñe, según nuestras leyes orgánicas y procesales, a supuestos muy concretos, tales como tasaciones de costas, embargos, inventarios, presidencia de subastas, etc.

Ha sido la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal de 1992 la que ha introducido importantes novedades, de entre las que cabe destacar las siguientes:

1) *Presidencia del remate:*

El legislador de la Ley 10/1992 de 30 de abril, en la nueva redacción del art. 1503 LEC determina que «el acto de remate será presidido por el Secretario...», con lo que ha modificado la clase de tareas que hasta ese momento venía desempeñando.

Esta función ha sido calificada por un sector de la literatura como un supuesto desjudicializador criticable, al olvidar que la subasta no es un puro acto material de «cantar», que van haciendo los postores, sino que presupone la toma de decisiones que hay que calificar de judiciales[50]. Para otro grupo constituye un gran acierto del legislador[51], en cuanto persigue descargar al juez de una actuación que le era innecesariamente atribuida y que, al igual que las propias de la secretaría judicial, redundaba en perjuicio de las estrictamente jurisdiccionales.

Se inscribe pues en la dirección potenciadora de la figura del Secretario, ambivalentemente iniciada con la LOPJ y acrecentada en las últimas tendencias procesales de nuestro entorno cultural, que aconsejan la contracción del Juez a lo estrictamente jurisdiccional en beneficio de una recta administración de la justicia[52]; permitiendo que las tareas complementarias sean atribuidas a otros funcionarios integrados en el órgano judicial.

La atribución de la presidencia de la subasta al secretario judicial,

50. Así MONTERO AROCA, J., «Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la L. 10/1992, de 30 de abril», en *Ensayos de Derecho Procesa*l, Barcelona, 1996, p. 288, sigue diciendo en la p. 289: «...y esa decisión puede condicionar toda la subasta, de modo que después de la misma el juez tendrá que, o bien aprobar el remate a la vista del acta (que ha sido realizada por el mismo que ha presidido el acto), o bien declarar la nulidad de lo actuado».

51. En este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. y otros, *La Reforma Procesal Civil por Ley 10/1992, criterios prácticos de interpretación*, Madrid, 1992, p. 316.

52. FERNÁNDEZ MONTALVO, R. y otros, *La Reforma del Proceso civil «Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal»*, Valencia, 1992, pp. 253-4.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

aparentemente en acomodación de nuestro procedimiento a esas nuevas demandas, se lleva a cabo en verdad por motivos de celeridad y simplificación aprovechando que, en la normativa hasta ahora vigente, aún no estaba totalmente definida su participación en el proceso y, lo que es más grave, la carencia de un modelo procesal definido[53].

La presidencia y dirección del remate conlleva el ejercicio de una función por «derecho propio», cuando anteriormente la desempeñaba por delegación o habilitación del órgano jurisdiccional. El juez por ende no podrá presidir el remate al constituir ya una competencia secretarial. Es pues figura destacada máxima en el desarrollo de este acto procesal, encargada de indicar en estrados el comienzo de celebración del remate así como de dirigir la licitación y ordenar su terminación cuando lo estime oportuno. Para ello está asistido por el agente judicial[54], que desempeña las funciones de policía, guardando y haciendo guardar Sala.

Surgen no obstante algunos inconvenientes en la novedad que comentamos. Cuando el Juez presidía la subasta las cuestiones que se suscitaban podían ser resueltas verbalmente en el acto documentándolo el secretario judicial en acta[55]. Sin embargo, en la actualidad, para decidir esos extremos ha de paralizarse la celebración del remate hasta su judicial decisión, salvo y en un primer momento, según indica el art.288 LOPJ, que al ser de mero trámite pudieren ser solventadas mediante una diligencia de ordenación; lo que empero es tambien discutido por autores como FRANCO ARIAS[56] para quienes aún en las hipótesis en que se considere que la cuestión planteada pueda resolverse mediante una propuesta de providencia o de auto dictada por el secretario, habrá de detenerse la tramitación de la subasta hasta que el juez otorgue la conformidad. Estimamos, de acuerdo con una literal inteligencia de la LOPJ, que si las tareas surgidas y controvertidas en la

53. Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que si acertada es la reforma en cuanto descarga al juez de tareas no estrictamente jurisdiccionales, no lo es en cambio en este punto. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., y otros, *La Reforma Procesal civil por 10/1992 criterios prácticos de interpretación*, Madrid, 1992, p. 316.

54. La reforma del 1992 no hace mención del agente judicial, a diferencia de la redacción del anterior art. 1503 que decía: «El acto de remate será presidido por el juez con asistencia del secretario y del subalterno del juzgado que haya de anunciarlo al público...». Sin embargo ha de entenderse que será auxiliado por el agente judicial de conformidad con lo previsto en los arts. 487 LOPJ y art. 15.1 y 2.a del Rgto de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia aprobado por Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre.

55. Art. 270 LOPJ.

56. FRANCO ARIAS J., y otros. *Reforma de los procesos civiles (Comentario de la ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal,* Barcelona, 1992, p. 172.

subasta son meramente ordinarias, no afectando sustancialmente a su resultado, no será menester paralizarla debiendo desarrollarse hasta su conclusión, sin perjuicio del derecho discrepante a hacer constar en el acta que se extienda su oposición para su pertinente examen y eventual decisión del juez, con posibilidad última de provocar la anulación y subsiguiente repetición de la subasta.

Otro problema derivado de la ley de 1992 concierne a su ámbito de aplicación. Entendido el art. 1503 LEC en sus propios términos, sólo cabría la asunción secretarial de la presidencia del remate en las ejecuciones seguidas de conformidad con la LEC. ¿Qué sucede con las sometidas a la legislación hipotecaria? La ley hipotecaria no contiene prescripción alguna que de modo expreso atribuya la presidencia de la subasta al juez, aunque en las reglas del art. 131 LH se aluda reiteradamente a él.

Tal problema se refleja en la práctica de cuya observancia se deduce la presencia indistinta de ambas soluciones: juzgados en los que es el juez el que preside estas subastas, mientras que en otros es el secretario el que lo hace.

La doctrina tampoco es unánime al respecto, al estimar algunos autores[57] que ante el silencio de la ley hipotecaria habría que aplicar analógicamente la LEC, y así presidiría también las subastas hipotecarias el secretario. Esto es contradicho por otros[58] que con argumentos de naturaleza distinta afirman la jurisdiccionalidad de la tarea unida al mayor rigor legal observado en las hipotecarias y, asimismo, a la discutida vigencia del principio de norma especial frente a la general.

La experiencia legislativa en estos últimos años muestra un poco cuidadoso legislador, que atento con frecuencia a la reforma del precepto concreto, ignora los concomitantes que en escala habría de modificar. Es, pues, factible pensar en un descuido del legislador que simplemente ha olvidado extender a la LH lo que ha introducido en la LEC. A ésto se une la inanidad argumental contraria: tan jurisdiccional sería la una como la otra; los conocimientos legales son presumibles y necesarios

57. Así FRANCO ARIAS, J., op. cit., y GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, p. 256.

58. En un primer momento ROBLEDO VILLAR, A., («Nuevo acto de remate en la ley de Enjuiciamiento civil y fe pública judicial. Notas para una reforma», Rev. LA LEY, 10 de septiembre de 1993) sostiene que la Ley de Medidas Urgentes institucionaliza dos clases de subastas: las presididas por el secretario y las hipotecarias, presididas por el juez; aunque más tarde, en «la subasta judicial y su problemática», Revista General de Derecho, junio 1996, esp. p. 6613, considera que la presidencia del remate por el secretario también es aplicable a las subastas hipotecarias al no establecer la LH las pautas a seguir en la celebración del remate.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tanto en la LEC como en la hipotecaria, y la norma especial tampoco se pronuncia al respecto, sin que concurra en la hipotecaria una mayor importancia económica o social que viniere a justificar la presencia del juez.

En conclusión, con la ley de 1992 se persigue desjudicializar la presidencia e incrementar el ámbito de actuación secretarial a fin de propiciar celeridad y eficacia. Estos objetivos se cubrirían plenamente extendiéndola a la hipotecaria. Si fuese injustificable su aplicación en las subastas de la LEC también lo sería en las hipotecarias y viceversa. No hay datos bastantes tampoco para pensar que la especialidad hipotecaria merezca tan dispar tratamiento normativo. El simple argumento del olvido legislativo contradice desde una hermenéusis sistemática todo el planteamiento reductor de la esfera de actuación del juez a lo jurisdiccional.

2) *Autodocumentación:*

La dación de fe, junto con la documentación han sido tradicionalmente asumidas por el secretario, siendo éste, a tenor de lo dispuesto en el art. 281 LOPJ, el único sujeto procesalmente competente de modo originario para ello[59]. La fe pública procesal[60] encuentra su hito en la ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, que separa su ejercicio de la extrajudicial, atribuidas ambas inicialmente al viejo oficio de los Escribanos[61]. Desde entonces ha sido estimada por los secretarios como la función más significativa de su profesión, llegando a afirmar que es un «poder del Estado[62]» y atribuyéndole incluso valor de garantía constitucional[63].

59. Externamente esta fe pública está ejercida por Notarios en algunos supuestos como: poderes generales para pleitos, procedimiento extrajudicial hipotecario, y otros complementarios de la actuación judicial, en los que el Notario ejerce de manera directa la dación de fe.

60. De imprescindible manejo es el libro de TOMÉ PAULE/SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *La fe pública judicial y las funciones del secretario en la nueva ley orgánica del Poder Judicial*, Madrid, 1985.

61. Pueden consultarse entre otros, ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Biblioteca de Escribanos o tratado teórico-practico para la enseñanza de los aspirantes al Notariado*, 6.ª ed., 2 Ts, Madrid, 1855. MURO, José, *Guía del Escribano*, 2 Ts, Valladolid, 1847, etc.

62. Así SEOANE CACHARRÓN, J., «Hacia un modelo europeo de secretario judicial», V Jornadas de la fe pública judicial, Documentación jurídica, enero-marzo, n.º

Bajo la rúbrica de documentación procesal se alude, siguiendo a PEDRAZ PENALVA, «a una serie de actividades dirigidas a la formación de documentos, constituyendo la garantía de los actos del proceso. Implica una exigencia para la constancia escrita de las actuaciones procesales (siendo la subasta uno de estos actos), a fin de que puedan trascender a otros órganos jurisdiccionales, a las partes y a terceros». Denominamos así documentos procesales únicamente a aquéllos que han sido el resultado de la función documentadora[64].

Esta potestad documentadora, según hemos indicado más arriba, ha venido siendo reconocida principalmente al secretario, quien desde su investidura como fedatario procede a llevarla a cabo a través de la dación de fe en todas las actuaciones procesales, de tal manera que todo lo que él documenta ha de ser tenido por cierto. De este modo puede afirmarse que existe nuestro proceso gracias a esa documentación que supone a su vez una garantía de los derechos del justiciable en la tutela judicial efectiva reconocida por el art. 24 de la CE[65].

La facultad de documentación del secretario está íntimamente relacionada con la exigencia constitucional de la publicidad[66] y su objetivo de controlar la imparcialidad del juez. Por ello no permite nuestro Ordenamiento que el juez documente su propia actuación, sino que será el secretario el encargado de ejercerla con autonomía e independencia. Asigna, de este modo, la ley la actividad documentadora a un funcionario público distinto del autor del acto, estimando que la falta de coincidencia subjetiva junto con la preparación técnica asegurará su objetividad y juridicidad. Como así lo ha reconocido el TEDH en sentencia Wassink de 27 de septiembre de 1990.

Tal lectura de lo que es la documentación parece contradicha en la Ley de Medidas urgentes 10/1992 de 30 de abril, en la que el secretario

69, 1991, p. 153, ROBLEDO VILLAR, A., en Rev.Jca. LA LEY, 10 de septiembre de 1993, p. 3.

63. En este sentido NABAL RECIO, A., «El actual régimen jurídico interno de toma de decisiones en los órganos judiciales», V Jornadas de la fe pública judicial, Documentación jurídica, Enero-marzo, núm. 69, 1991, n.º 69, p. 143.

64. PEDRAZ PENALVA, E., «Documentación y medios mecanicos de reproducción,»*en Documentación jurídica*, V Jornadas de la fe pública judicial, enero-marzo, 1991, esp. pp. 82-83.

65. SEOANE CACHARRÓN, J., «Hacia un modelo europeo de secretario judicial», *V Jornadas de la fe pública judicial*,... cit., p. 158.

66. Más ampliamente PEDRAZ PENALVA, E., «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», en Revista general del Derecho, 1996.

al mismo tiempo que preside la subasta documenta su actuación en ella, con lo que de manera simultánea actúa y avala la legalidad de su actuar desembocando en una situación de *autodocumentación*. Es decir, la celebración del acto de remate del que es director el secretario, debe documentarse en acta que recoja lo actuado y donde se consigna la conformidad y aceptación del mejor postor, siendo firmada por el secretario y por las partes[67].

Se ha dicho[68] que no casa demasiado la reunión de las tareas de dirigir una actuación procesal tomando las decisiones que sean precisas para ello y, al tiempo, la de intervenir como sujeto idóneo y capaz para objetivar autenticadamente todo lo sucedido. Por ello la mayoría de la doctrina opina que sería conveniente modificar los esquemas de la fe pública y adaptarlos a las nuevas necesidades, evitando así que el secretario actúe con el caracter de fedatario público en los actos en los que intervenga como presidente y director, según sucede en el remate[69]. Huelga su intervención tambien en calidad de fedatario según viene sucediendo en muchos casos en los órganos administrativos, en que basta la intervención del propio órgano competente para atribuir a sus actuaciones escritas la condición de documentos públicos sin necesidad de ninguna otra. De este modo, y al igual que en el orden administrativo, parece innecesaria la intervención del secretario cuando se trata de resoluciones ya suscritas por el titular del órgano interviniente[70]. Por eso, si se quiere seguir dando facultades al secretario, se deberá ir reduciendo su actuación como fedatario público en cuanto carece de sentido que de fe de sus propias actuaciones.

Analizando los argumentos expuestos por los defensores de la autodocumentación por el secretario al modo como sucede en el orden administrativo, cabría aceptarla sin perjuicio de recordar que no es factible identificar lo administrativo y lo jurisdiccional. Es cierto que no hay inconveniente, sino todo lo contrario en suprimir la dación de fe cuando interviene el «funcionario» competente, cuya actuación (no jurisdiccional) debe ser bastante para crear documento público. Ello es así en sede administrativa pero no es de recibo en materia jurisdiccional pues según ya se ha indicado el control de la misma es consustan-

67. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal civil III*, la ejecución forzosa, las medidas cautelares, 4.ª ed., Madrid, 1995, p. 283.

68. FRANCO ARIAS, J. y otros., op. cit., p. 173.

69. En este sentido FRANCO ARIAS, J. y otros, *La reforma*..., op. cit., p. 173 esp. cita 15.

70. NABAL RECIO, A., op. cit., p. 144.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cial a las exigencias del debido proceso: la publicidad de las resoluciones judiciales es la vía para verificar el sometimiento del juez a la ley, para lo que con frecuencia es menester la intervención del secretario autenticando la actividad judicial. Junto a ésto, y como también hemos dicho, la desjudicialización por la ley de 1992 en pro de la celeridad y simplicación de la actuación no estrictamente jurisdiccional, permite que sujetos no investidos de jurisdicción actúen, fuera de este exclusivo y excluyente ámbito. Es así de aplicación lo vigente en el orden administrativo.

3) *Dación de cuenta*:

Esta es otra de las imprescindibles tareas que tradicionalmente incumbe al secretario.

Regulada en los arts 284 a 286 de la LOPJ, con ella el secretario, como sostuvo PRIETO-CASTRO, acoge una misión técnica de cooperación[71], al actuar en ella como vehículo de comunicación entre el juez y las partes, no pudiendo delegarla en otras personas ya que sólo a él personalmente le corresponde. Así el secretario deberá dar cuenta oralmente al juez o a la Sala, según los casos, de los escritos y documentos presentados así como de las actas autorizadas fuera de la presencia judicial, el mismo día o al día siguiente hábil de su presentación[72].

Pero, la actividad asumida por el secretario en la subasta y su traslado al juez excede de la dación de cuenta. Básicamente porque el secretario desempeña, «motu proprio» una actividad suya, sin perjuicio de que requiera, incomprensiblemente aprobación judicial. A tal fin el secretario pone a disposición del juez el acta por él levantada, en la que deja constancia según el art. 280.1 LOPJ, de la celebración del remate con su desarrollo e incidencias y especialmente de la mejor oferta ofrecida y el nombre del mejor postor.

Estamos pues, ante la puesta en conocimiento del juez de una actuación propia del secretario (como puede ser su exigida e irrenunciable intervención en la diligencia de entrada y registro) no a efectos exclusivamente de informarle sino para perfeccionar el acto, a fin de lograr su sanción: aprobación del remate.

Creemos que la compleja naturaleza de esta actuación secretarial, en

71. PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1952, I, p. 365.

72. Arts. 284, 285, 286 LOPJ, 315 LEC, 206 LECRIM.

la que juegan facultades de documentación, decisorias y de puesta a disposición del juez (con lo que recuerda, en verdad, algo a la dación de cuenta), hace inútil pretender someterla a las reglas de alguna de ellas.

Esta actividad llevada a cabo por el secretario una vez finalizado el remate nada tiene que ver «per se» con la dación de cuenta, sino que se trata de una actividad específica a llevar a cabo, además, anteriormente a los plazos señalados por la ley para que el juez apruebe el remate y no en el tiempo marcado por la LEC para la dación de cuenta. Así la LEC en su arts 1509 y 1510 determina que el juez deberá aprobar el remate el mismo día o al día siguiente de su celebración, si se trata de bienes muebles; y en el mismo acto, cuando se trata de inmuebles.

Para permitir el cumplimiento de este plazo legalmente fijado al juez, es condición «sine qua non» que el secretario ponga a su disposición el «material» del remate. Si aplicamos los plazos de la dación de cuenta, es muy dificil que el juez los cumpla salvo que deje el resto de sus tareas para aprobar el remate, o que se limite a un rutinario «visto bueno», que en definitiva vacía de contenido la voluntad del legislador de residenciar judicialmente la aprobación. La única consecuencia de todo ello es que el secretario debe poner a su disposición el material inmediatamente de su celebración, facilitándole todos los elementos precisos para que pueda cumplir los plazos del 1509 y 1510 LEC.

La práctica, no obstante, parece obviar este problema como también el derivado del desdoblamiento objetivo y subjetivo de la celebración del remate y su aprobación. Viene entendiendo que el acta autodocumentada es una peculiar propuesta de auto que el juez ha de aprobar automáticamente. Por ello y para dar una mayor rapidez al remate, algunos autores consideran que hubiera sido mas fácil la atribución de la dirección y aprobación del remate al secretario mediante un auto propuesta sin necesidad de aprobación del mismo por parte del juez, aprovechando que las propuestas de resolución le están permitidas por la LOPJ concretamente en los arts. 290-291[73]. Sin embargo, otros autores[74] discrepan de este criterio al considerar que el auto de adjudicación del remate debe ser un auto dictado directamentemente por el juez y no una propuesta, maxime teniendo en cuenta las facultades del juez de apreciar de oficio las nulidades conforme al art. 240 LOPJ, que lleva a impedir que se inmiscuya el secretario en esa resolución judicial, que es de fondo y no de mera tramitación, en cuanto constituye el momento final del procedimiento, en

73. ROBLEDO VILLAR, A., «Nuevo acto de remate...», op. cit., p. 5.

74. GARCÍA GARCÍA, J., op. cit., p. 272.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el cual se determina si se cumplieron todos los requisitos del mismo. En nuestra opinión este sector de la bibliografía olvida la incoherencia insita en la aprobación prevista de un acto por un sujeto, el juez, distinto del que ha estado presente, el secretario. Lo más racional sería que tras la aprobación del remate por el secretario que lo ha presidido, pudiere empero atacarse tal aprobación ante el juez por el que afirmándose titular de un interés legitimo sostuviera su ilegal desconocimiento, negación o violación por el secretario.

4) *Testimonio del Secretario título suficiente para la inscripción: necesidad del visto bueno*

El art. 1514 LEC, en su actual redacción establece que «será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el secretario con el visto bueno del juez, comprensivo del auto de aprobación del remate, y en el que se exprese que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la ley hipotecaria». Con ello el legislador pretende unificar los criterios de la LH con los de la LEC, sustituyendo la escritura pública ante notario. Se trata de evitar de un lado el encarecimiento del proceso, y de otro la intervención del juez en sustitución del deudor, quien, en la mayoría de los casos, se negaba a otorgar voluntariamente señalada escritura.

La situación reseñada había hecho surgir voces que recordaban la innecesaria intromisión del notariado en el ámbito judicial, en cuanto que en el mismo existe ya un fedatario público, el secretario, perfectamente competente para documentar la venta[75].

Por tanto, tras la reforma procesal, y una vez concluida la subasta, debe el fedatario pasar acta de la misma al Juez quien, previa comprobación de su correcto desarrollo, aprobará el remate. De aquí que, cuando deba documentarse la venta judicial, la función del Secretario no se limitará a testimoniar un auto sino que habidas las actuaciones judiciales y documentos que constan en autos (acta de la subasta, auto de aprobación, consignación del precio... etc...) deberá preparar un testimonio en el que se recojan todas las circunstancias necesarias para la acreditación de la transmisión acaecida y su inscripción registral[76].

75. PEDRAZ PENALVA E., «Sobre el carácter de autoridad del secretario judicial en la ley orgánica del poder judicial» en «*Problemas actuales de la Justicia, libro homenaje a Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, Valencia, 1988, p. 305.

76. Vid. RIVAS TORRALVA, R., *Anotaciones de embargo II*, Madrid, 1994, p. 497.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ahora bien, este testimonio expedido por el secretario necesita del visto bueno del juez. Con esta exigencia se comete un gran error, pues la LOPJ de 1 de julio de 1985 encomendaba a los secretarios el ejercicio de la fe pública judicial[77] como una función propia. No puede entenderse por ello que el testimonio del auto de aprobación del remate tenga que llevar el visto bueno del Juez[78]. No sabemos, dice FERNÁNDEZ LÓPEZ[79], si esta exigencia deriva de ignorar lo dispuesto en la LOPJ, o si es que se está confundiendo la función que esta ley encomienda al secretario, de ejercicio de la fe pública, con las que le atribuye la LOPJ sobre propuestas de providencia o de autos[80], supuesto en el que sí que se requiere la sanción del Juez para su efectividad.

En realidad se trata del testimonio del auto de adjudicación, cuyo otorgamiento le corresponde «per se» al igual que acaece con cualquier otro testimonio de lo actuado en el procedimiento. Si el secretario es el único fedatario judicial y sólo a él corresponde el ejercicio de la fe pública, resulta innecesario que se someta al visto bueno del juez. Esta postura ha encontrado recto eco en la normativa procesal laboral, que no lo exige[81] .

Resulta, en definitiva, contradictorio que el legislador tras reconocer en la LOPJ la autonomía del Secretario judicial en la dación de fe, en la reforma procesal de 1992 exija el visto bueno del juez en el testimonio del auto de aprobación del remate para que sirva de título de inscripción en el registro de la propiedad (según la nueva redacción dada al art. 1514 LEC). Nos encontramos así con un nuevo error del legislador al entrometer al juez en una tarea ajena cual hizo con el afortunadamente reformado art. 569.IV LECrim[82].

CONCLUSIONES

La atribución al Secretario de nuevas funciones en materia de ejecución ha sido acogida favorablemente atendiendo a la literatura mayorita-

77. Art. 473 LOPJ.

78. Opinión compartida mayoritariamente por la doctrina, así entre otros, PEDRAZ PENALVA, E., op. cit., p. 315, nota 85. FRANCO ARIAS J., *Reforma de los procesos civiles* ..., cit, p. 183.

79. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., y otros, op. , cit., p. 321.

80. Art. 290 LOPJ.

81. Art. 265 de la Ley de Procedimiento Laboral.

82. Lo que ya fue criticado por PEDRAZ PENALVA, E., «El Registro domiciliario», en *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)*, op. cit., pp. 193 y ss, esp. pp. 225 y ss.

ria, a partir del hecho de que este funcionario judicial de excelente preparación técnico-procesal no tiene desarrolladas al máximo sus posibilidades de actuación dentro del proceso, por lo que siendo integrante del órgano jurisdiccional, es lógico que las tendencias legislativas vayan encaminadas a un mayor desarrollo de sus atribuciones.

Ahora bien estas nuevas competencias, aunque sirven para facilitar el desempeño por el Juez de tareas estrictamente jurisdiccionales, no dan celeridad ni simplifican la vía de apremio, de modo que no propician que la ejecución sea más eficaz, que es lo que a fin de cuentas se persigue. En este sentido se ha descuidado uno de los índices más significativos de la buena marcha de toda administración de la justicia de un país, íntimamente relacionada con el estado de sus ejecutorias.

Es menester señalar de una forma indubitada, clara y precisa, cuales son las funciones en materia de ejecución que debe desempeñar el juez y cuales corresponden al secretario, lo que viene omitido en la reforma de la LEC. Tal es el caso por ejemplo del art. 1488 LEC donde se establece que «se mandarán sacar a pública subasta»; en el art. 1490 se hará saber; se devolverán las consignaciones etc... En conclusión en ninguno de sus preceptos se fija con la exigible nitidez el sujeto competente.

La atribución al secretario de estas atribuciones deberá hacerse de forma exclusiva y excluyente, dando así una mayor agilidad al proceso, de tal manera que una misma tarea no haya de ser llevada a cabo por dos personas distintas pero integrantes del órgano jurisdiccional en sentido amplio. Es decir, el secretario deberá actuar en la ejecución con plenitud, evitando conformes, y siendo sus actos recurribles ante el juez. Al juez se le asignarán exclusivamente las tareas jurisdiccionales, mientras que el secretario asumirá todas las demás relativas al impulso y ordenación, sin perjuicio de las específicas decisorias constitutivas de la potestad detentada por los jueces y magistrados.

En caso de existir discrepancia en relación a lo que se está ejecutando, corresponderá al juez o magistrado el control último como máximo responsable de la función de ejecutar.

La intervención del juez en la ejecución, debiera limitarse a un pronunciamiento inicial para dar cumplimiento a funciones decisorias que tiene encomendadas por mor de la Constitución, y a la resolución de los incidentes y recursos que puedan plantearse en esta fase procesal.

Debería hacerse uso de las, denominadas por la ley órganica, diligencias de ejecución dotándolas del carácter de resoluciones propias del secretario judicial dentro de dicha etapa del proceso, al igual que las diligencias de ordenación lo son en la fase declarativa, evitándose así confusiones acerca de la naturaleza de aquellas diligencias.

No se pretende con ello que el secretario ejerza funciones jurisdiccionales que corresponden de manera exclusiva a los Jueces, solo se pretende que el Secretario desempeñe en plenitud un oficio autónomo dentro de la Administración de la Justicia, asignándole funciones en materia de ejecución. Porque el juez no debe ser secretario ni el secretario juez, pues cualquier intento de extrapolarización extravagante no conduce sino a una pérdida de identidad y a un progresivo desdibujamiento de ambos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

HACIA UN PROCESO PENAL COMÚN EUROPEO

Proyecto de *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea

JAUME SOLÉ RIERA
Universitat Pompeu Fabra
Barcelona

En el ámbito de la Comisión Europea y bajo los auspicios de su Dirección General del Control Financiero, se inició, a finales del año 1995, un proyecto de espacio judicial europeo. El indicado proyecto ha sido elaborado por un grupo de expertos[1] de distintos países que han centrado sus esfuerzos en la redacción de un articulado, que recoge normas sustantivas y procesales, tendente a delimitar el conjunto de delitos relacionados con el fraude criminal que afecta al presupuesto de las Comunidades europeas.

La paulatina supresión de fronteras jurídicas entre los Estados de la Unión Europea ha comportado también la aparición de una nueva criminalidad económica organizada, para cuya represión se hace preciso la creación de un marco legal de carácter supranacional. Las iniciativas lle-

1. En el grupo de expertos han participado los profesores Enrique Bacigalupo, Mireille Delmas-Marty, Giovanni Grasso, Nils Jareborg, John R. Spencer, Dionysios Spinellis, Klaus Tiedemann y Christine Van den Wyngaert.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

vadas a cabo al respecto por parte de los Estados miembros se han centrado, hasta la fecha presente, en la elaboración de un amplio surtido de convenios y tratados tendentes, todos ellos, como denominador común, a la cooperación judicial [2]. Sin embargo, las dificultades de toda índole, empezando por la propia ratificación interna de esos instrumentos normativos, dificultan, en la práctica, que se pueda disponer de un mecanismo eficaz para luchar contra el fraude transnacional.

Estos incovenientes han motivado que el grupo de expertos que han elaborado el proyecto de espacio judicial europeo se planteasen abordar su regulación desde la perspectiva de la unificación. En ese sentido, «no se trata de crear un código penal, ni de un código de procedimiento penal europeo totalmente unificado y directamente aplicable en todos los terrenos y por las jurisdicciones europeas que se creen a este efecto. Por el contrario, proponemos un conjunto de reglas penales que constituyen una especie de *Corpus Iuris*, limitado a la protección penal de los intereses financieros de la Unión europea y destinado a asegurar, en un espacio judicial europeo medianamente unificado, una represión más justa, más simple y más eficaz» [3].

Se añade que, «estas reglas obedecen a los principios rectores ya pertenecientes a la tradición jurídica europea común, tal y como se ha elaborado en el curso de la historia y como, por otra parte, la consagran los principios fundamentales de derecho comunitario interpretados por el

2. A título indicativo, cabe señalar las siguientes manifestaciones de ese intento de cooperación jurídica supranacional, en el marco de la Unión Europea: Convenio relativo al principio «ne bis in idem», de 15 de mayo de 1987; Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el traslado de las personas condenadas entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de 25 de mayo de 1987; Acuerdo relativo a la simplificación y modernización de las formas de traslado de las demandas de extradición, de 26 de mayo de 1989; Acuerdo entre los Estados miembros relativo al traslado de los procedimientos represivos, de 6 de noviembre de 1990; Convenio sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras, de 13 de noviembre de 1991; Convenio de Schengen, de 1 de junio de 1990 (este último aplicable sólo a Francia, Portugal, España, Alemania y Benelux).

Excepto en el caso del llamado «espacio Schengen», todos los demás convenios referidos no han sido ratificados por la totalidad de los Estados miembros a los que se dirige su ámbito de aplicación, impidiendo, por ende, su efectiva entrada en vigor.

3. DELMAS-MARTY, M., *Corpus Iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne,* Direction Générale du Contrôle Financier, Ed. Economica, París, 1997, p. 41. (La traducción al idioma español de esta obra, así como del articulado completo del indicado *Corpus Iuris,* objeto del presente comentario, ha sido facilitada directamente por el servicio de traducción de la Dirección General XX, de la Comisión Europea, y es el texto que emplearemos, sin perjuicio de la remisión bibliográfica al texto en francés e inglés que se encuentra en el libro aquí refenciado).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) y el Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (CEDH). Sin embargo, dado que se trata de reglas técnicas precisas, hemos debido tener en cuenta la diversidad puesta de manifiesto por los *Estudios comparativos*. Si bien a veces existen convergencias entre los sistemas nacionales, convergencias que permiten definir un derecho común «de confluencia», en muchos casos hay divergencias que sólo un derecho común de síntesis permite superar. Finalmente las lagunas legales, que suelen ser frecuentes en un terreno relativamente nuevo, toda vez que se trate de la protección de intereses supranacionales, conducen a la elaboración de lo que se puede llamar un derecho común «supletorio» [4].

Dado que este proyecto de *Corpus Iuris* se estructura en dos capítulos claramente diferenciados, dedicándose el primero de ellos al Derecho Penal (arts. 1 al 17), y el segundo al Procedimiento Penal (arts. 18 al 35), abordaremos en el presente comentario únicamente las notas más destacables que ofrece ese *proceso penal europeo común* que se propone por la comisión de expertos referida, que, aunque como ya se ha indicado, no tiene un caracter de generalidad, sino que está limitado a los delitos relacionados con los intereses financieros de la Unión Europea [5], sí presenta unos parámetros que lo hacen extensible a un hipotético sistema procesal penal global.

Partiendo del esquema que propone el proyecto elaborado por el grupo de expertos, en lo que hace referencia al procedimiento penal, éste aparece estructurado bajo cuatro grandes principios, a saber: principio de territorialidad europea, de garantía judicial, de proceso contradictorio, y de aplicación subsidiaria con respecto al derecho nacional.

A) PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD EUROPEA (ARTS. 18 A 24)

Creación de un Ministerio Público Europeo (M.P.E.)

La delimitación de un espacio judicial único integrado por el conjunto de los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea

4. DELMAS-MARTY, M., *Corpus Iuris...*, cit., p. 41.

5. Se trata de las infracciones contenidas en los arts. 1 a 8, y que recogen los siguientes ilícitos: fraude al presupuesto comunitario, fraude en concursos y subastas públicas, corrupción, ejercicio abusivo del cargo, malversación, revelación de secretos oficiales, blanqueo y receptación, y, por último, asociación ilícita.

exige la creación de un Ministerio Público Europeo, cuya misión será la investigación, persecución, envío a juicio de la causa, ejercicio de la acción pública ante la jurisdicción del enjuiciamiento y la ejecución de las sentencias relativas a las infracciones contenidas en los artículos 1 a 8 del indicado *Corpus Iuris*.

El M.P.E. será un órgano independiente, indivisible y solidario. Respecto a la independencia, tanto de las autoridades nacionales como de los órganos comunitarios, y compuesto por un Fiscal General Europeo, con sede en Bruselas, y por los Fiscales Europeos Delegados, con sede en la capital de cada Estado miembro. El carácter indivisible comporta que todo acto realizado por uno de sus miembros se repute realizado por el M.P.E., y que todos los actos que sean de su compentencia puedan ser realizados por cualquiera de sus miembros. La solidaridad impone una obligación de asistencia entre los diferentes Fiscales Europeos Delegados.

Sin duda, la posibilidad de que el M.P.E. pueda tener plena capacidad de actuación en cualquier Estado miembro para la consecución de los fines previstos facilitará y agilizará el procedimiento penal en todas sus fases; la necesaria coordinación con los Fiscales de cada Estado será determinante para el buen fin de esta figura novedosa, afectando, además, de manera directa, a todo tipo de comisiones rogatorias y solicitudes de extradición.

En cuanto al inicio de la actuación del M.P.E., ésta puede tener lugar tanto de oficio, como a instancia de cualquier ciudadano. En ese sentido, el M.P.E. deberá ser informado de todos los hechos que pudieran constituir una de las infraciones reguladas en los arts.1 a 8, tanto por las autoridades nacionales que tuvieran conocimiento de las mismas, como por la propia Comisión Europea. Los términos imperativos empleados en la redacción de los preceptos a que se refiere la intervención del M.P.E. no dejan lugar a duda respecto de la oportunidad de su intervención en las diligencias penales dimanantes de los actos ilícitos sobre los que recae la regulación de este *Corpus Iuris*. El carácter excluyente de la actuación del M.P.E. queda patente al preveer la posibilidad de que, iniciando la investigación un órgano nacional y apareciendo una posible infracción de las contenidas en los citados arts. 1 a 8, el expediente deba ser remitido de inmediato al M.P.E.

En virtud del principio de legalidad, el M.P.E. queda obligado a la persecución de las infracciones que sean de su ámbito de competencia, con independencia de la cantidad del fraude. No obstante, y siempre de forma motivada,caben dos excepciones: en primer lugar, la posibilidad

de que se atribuya el conocimiento de las infracciones de poca gravedad directamente a las autoridades nacionales, así como también respecto de aquellas que afecten principalmente a intereses nacionales. En segundo término, y en aras de la efectiva reparación de los interses de la víctima que ha sufrido el perjuicio causado por la infracción de que se trate, se admite tanto el archivo de la investigación que se hubiera podido efectuar, como una posible transacción sobre el contenido de la misma.

En cuanto a los poderes de investigación de que dispone el M.P.E., el grupo de expertos ha tomado en consideración los distintos sistemas que aparecen en la instrucción de causas penales en los diferentes Estados miembros, así como el papel que desempeñan Ministerio Público y Juez Instructor. Se atribuyen facultades intructorias plenas al M.P.E., aunque siempre será necesario contar con la supervisión y autorización expresa del Juez cuando, en la adopción de esas medidas de investigación, pueda ponerse en juego la afectación o vulneración de derechos y garantías fundamentales. Se reseñan diligencias tales como el interrogatorio del sospechoso, la captación de documentos y datos informatizados, práctica de puebas periciales, registros, embargos y escuchas telefónicas, interrogatorio de testigos, así como la adopción de medidas cautelares de carácter personal, como la detención provisional.

Una vez concluida la fase de investigación, el propio M.P.E. decidirá el sobreseimiento o el envío a juicio de la causa, en cuyo caso indicará la jurisdicción competente para conocer del enjuiciamiento, notificando ambos extremos a todos quienes puedan verse afectados, directa o indirectamente, por esa resolución. Respecto de esa resolución, se prevé la posibilidad de recurso ante la autoridad nacional competente para conocer de la causa, quien, además, será competente para verificar la regularidad del procedimiento seguido hasta ese momento.

Ya dentro de la fase de enjuiciamiento, el M.P.E. ejercerá la acción pública ante la jurisdicción del Estado miembro en el que deba seguirse la causa, y bajo las normas procedimentales propias de ese Estado. Dado que los diferentes Estados miembros no presentan una regulación uniforme respecto del ejercicio de la acusación, bastando como ejemplo el sistema plural que recoge nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, se prevé expresamente que la parte investigadora nacional, (cabe entender tanto pública como privada) pueda ejercer la acción pública si los intereses nacionales estuvieran igualmente en la causa. La acción pública se extingue, con exclusión de toda medida nacional de gracia o de amnistía, por la muerte del imputado (o la disolución, si se trata de una agrupación), la prescripción o la transacción.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Respecto a la ejecución de las sentencias, una vez ésta haya alcanzado firmeza, el propio M.P.E., junto con la autoridad nacional competente, será competente para ordenar y controlar esa ejecución, siempre según las normas propias que rijan en el Estado designado como lugar de ejecución. En principio, serán competentes para ejecutar la sentencia los órganos del mismo pais en que aquella hubiera sido dictada, aunque determinadas penas, como el comiso, la privación de derechos o la publicación de sentencias puedan ser ejecutadas en uno o varios lugares diferentes al del encarcelamiento. Al M.P.E. se le atribuye, en esa fase concreta, la observancia del cómputo de la privación de libertad sufrida con anterior a la pena impuesta, el respeto al principio *non bis in idem,* así como las reglas del concurso de infracciones para determinar la pena efectiva.

Un último aspecto a destacar, en relación a la configuración del M.P.E., aparece respecto a la concreción de una competencia *ratione loci* en el espacio judicial de la Unión Europea. Así, la regla general, de vital importancia práctica, atribuye competencia al M.P.E. en todo el territorio (espacio judicial único) para el ejercicio de las labores que le son encomendadas. No existen, por tanto, fronteras nacionales intracomunitarias que impidan la persecución de las infracciones previstas en el *Corpus Iuris*. Esa competencia territorial ilimitada se hace extensiva a la orden de detención europea, que es solicitada por el M.P.E. y concedida por el Juez nacional, aunque pueda ser ejecutada en cualquier lugar de todo el territorio de la Unión Europea. También las sentencias dictadas por las jurisdicciones de cualquier Estado miembro podrán ser ejecutadas en todo el territorio de la Unión.

Cuando en la investigación se requiriese la participación de un tercer Estado no miembro, el M.P.E. solicitará a la autoridad nacional del Estado donde se lleven a cabo las investigaciones, que utilice los mecanismos jurídico-internacionales de ayuda legalemente previstos. Dado que la Unión Europea no ha ratificado directamente tratados con terceros países sobre este particular, es necesario que sean los propios Estados quienes canalicen las ayudas judiciales.

B) Principio de garantía judicial (arts. 25 a 28)

La intervención del órgano jurisdiccional

Encomendada al M.P.E. la función investigadora durante el período de instrucción de las infracciones previstas en el *Corpus Iuris*, la figura

del órgano jurisdiccional aparece en las diferentes fases en que se desarrolla el proceso penal con las siguientes notas distintivas: Se crea la figura del «juez de las libertades» que tiene encomendada, durante la fase preparatoria (o de instrucción) del enjuiciamiento, velar por el cumplimiento de las garantías y derechos fundamentales de las partes, especialmente del acusado, y acordar lo procedente respecto de aquellas medidas restrictivas o privativas de derechos y libertades que, a salicitud del M.P.E., sea necesario adoptar para asegurar el éxito de la investigación. Se tratará de un juez imparcial e independiente, designado por cada Estado miembro de entre los jueces de carrera profesionales, que actuará con respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que, en último término deberá verificar la regularidad de todo el procedimiento (de la fase preparatoria se refiere), con la posibilidad de excluir aquellas pruebas que hubiesen sido ilegalmente obtenidas. Además, no debe olvidarse que ese juez deberá aplicar el derecho sustantivo comunitario, es decir, las reglas establecidas en el *Corpus* europeo, aunque en el ámbito del procedimiento sea de aplicación la legislación interna de su Estado, y sólo en caso de laguna (sustantiva) pueda aplicar el derecho nacional.

El enjuiciamiento de las infracciones previstas en los citados arts. 1 a 8 del Corpus Iuris se residencía en los órganos jurisdiccionales nacionales designados por cada Estado miembro, según las reglas de competencia del derecho interno. Se excluye expresamente que el juicio por los ilícitos referidos pueda recaer en un tribunal popular o no compuesto íntegramente por magistrados profesionales.

En cuanto a las reglas de atribución de competencia, se establecen los siguientes criterios de elección, según un orden de prioridad: cada asunto será juzgado en el Estado donde se encuentren la mayor parte de las pruebas, en el de residencia o nacionalidad del acusado, o en el que el impacto económico de la infracción sea más importante. La amplitud del ámbito territorial exige la adopción de unos criterios que faciliten, en la medida de lo posible, la celebración del juicio, y, por ello, el lugar donde se encuentran las pruebas y según de qué tipo sean éstas, será determinante para la atribución de la competencia al órgano judicial que deba enjuiciar el caso.

La sentencia que dicte el órgano judicial que conozca del enjuiciamiento de la causa, tanto si es condenatoria como absolutoria, será susceptible de recurso de apelación ante el tribunal jerárquicamente superior al que dictó al resolución objeto de impugnación. Ese recurso integra la garantía del doble grado de la jurisdicción penal que tiene consagrado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, posibilitando un nuevo enjui-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciamiento del caso, aunque también aquí el tribunal de la apelación deba aplicar las normas sustantivas contenidas en las reglas del *Corpus* europeo.

Cuando el recurso sea interpuesto por el M.P.E., se prevé la posibilidad de que la Comisión Europea pueda unirse a él, como si de un coadyuvante se tratase, aunque sólo a los efectos de los intereses civiles.

La garantía de la prohibición de la *reformatio in peius* se recoge cuando recurre el condenado en ausencia de otros apelantes.

Cabe la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (TJCE), pero no como si de una tercera instancia u órgano de casación se tratase, sino únicamente a título prejudicial sobre la interpretación de las reglas del *Corpus*, así como para resolver los posibles conflictos de competencia respecto de la actuación del Ministerio fiscal y de los órganos judiciales nacionales. A tal efecto, podrán solicitar esa intervención del TJCE tanto la autoridad judicial nacional, un Estado miembro, el M.P.E. o la Comisión Europea.

Sobre este punto, cuando la interpretación de los preceptos del *Corpus* o los conflictos de competencia sean planteados ante una jurisdicción nacional respecto de cuyas decisiones no quepa recurso en el derecho interno, dicha jurisdicción nacional quedará preceptivamente obligada a someter las cuestiones o conflictos al TJCE.

C) Principio de contradicción del proceso (arts. 29 a 34)

Garantías de las partes

El conjunto de garantías reconocidas como derechos fundamentales en el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre y en el Pacto Internacional de la ONU sobre los Derechos Civiles y Políticos se recogen expresamente por el *Corpus Iuris* elaborado por el grupo de expertos. El derecho a conocer el contenido de la acusación, a ser asistido por un abogado de libre elección, a disponer de un intérprete, así como el derecho a guardar silencio, aparecen configurados como premisas básicas de carácter no disponible, que determinan el conjunto de derechos de los que goza el acusado en un proceso penal.

Además, especial consideración merece cuál sea el status que se ostente desde el comienzo de la investigación penal: quien sea oído como testigo deberá ser considerado como acusado a partir de todo acto que constate, denuncie o revele la existencia de indicios graves y concordantes de culpabilidad en su contra y, en todo caso, a partir del primer interrogatorio regularizado por una autoridad que conociera la existencia de esos indicios.

Cuando la Comunidad europea se víctima de un daño directamente causado por alguna de las infracciones comprendidas en los arts. 1 a 8 del *Corpus Iuris*, podrá constituirse la Comisión en actor civil, adquiriendo, por ende, plenamente y a todos los efectos procesales, el status de parte, con el fín de solicitar en el proceso penal correspondiente la efectiva reparación o indemnización del perjuicio sufrido. Además, y para dotar de mayor efectividad a la actuación de la Comisión, se prevé expresamente que pueda solicitar del «juez de las libertades» la adopción de medidas cautelares, de carácter patrimonial, para asegurar el efectivo cumplimiento de la acción civil cuando la resolución definitiva así se pronuncie.

Esta previsión que se efectúa en favor de la Unión Europea cuando pueda resultar perjudicada por un ilícito penal no parece que, a tenor de la redacción del articulado del *Corpus Iuris*, pueda hacerse extensiva a una colectividad de personas físicas o jurídicas que, aunque sin haber sufrido directamente las consecuencias del delito, sí que de forma indirecta padezcan efectos similares, cuanto más, si cabe, por razón del tipo de delito de carácter económico-financiero objeto de esta regulación normativa. La acción popular que configura nuestro sistema procesal penal parece no tiener cabida en ese proyecto de proceso penal comunitario.

Configuración de la fase probatoria

La garantía de la presunción de inocencia rige plenamente respecto de todo aquél que pudiera ser acusado por la comisión de las infraccione expresamente previstas en el presente Corpus europeo. Debe ser la parte acusadora quien pruebe, ante el órgano del enjuiciamiento y en el ámbito de la garantía de contradicción, la fundamentación de su acusación, rigiendo, por lo demás, la máxima *in dubio pro reo*. A mayor abundamiento, el inculpado no podrá ser obligado a establecer su propia culpabilidad.

En cuanto a los medios de prueba de que puedan valerse las partes en juicio, el principio general parte de la aceptación de todos los medios de prueba considerados admisibles en el derecho nacional en vigor en el Estado del que dependa la jurisdicción de enjuiciamiento. No obstante, y a tenor del amplio ámbito territorial sobre el que se extiende la jurisdicción prevista por el *Corpus Iuris*, en aras de limitar desplazamientos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

costosos para asistir ante el órgano judicial donde se sigue la causa, se prevé la admisión de unos medios de prueba para cuya obtención o documentación se han empleado medios de comunicación modernos, salvaguardando, en todo caso, las garantías procesales de las partes.

Se admiten así, entre otras, la prueba de testigos y el interrogatorio del acusado, ya sean sus declaraciones directas ante el juez, el interrogatorio a distancia por medio de uns retransmisión audiovisual o mediante la reproducción viodeográfica de las mismas también por un medio audiovisual, bajo la forma de la llamada «diligencia de interrogatorio europea», que implica que esa diligencia haya sido practicada ante un juez, en presencia de abogado defensor que haya tenido acceso a las actuaciones, mediando intérprete en caso ser preciso. Por lo demás, la garantía de contradicción está presente en todos los actos que integran esos medios de prueba asistidos de tecnología moderna.

Adquieren también especial importancia, dado el tipo de infraciones que se regulan, los documentos presentados por un perito contable, que será designado de entre las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en una lista europea acordada entre los Estados miembros a propuesta del M.P.E.

También se admite expresamente la prueba mediante documentos que el acusado haya sido obligado a exhibir en una investigación administrativa previa, salvo el caso en que ese acusado hubiera sido sancionado penalmente en otro proceso por esos mismos documentos.

No surten eficacia en juicio las pruebas ilegalmente obtenidas. Esas pruebas deberán ser rechazadas cuando hubieran sido obtenidan en violación de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH, de las propias reglas europeas establecidas en el *Corpus Iuris*, así como del derecho nacional aplicable.

El derecho del país en que la prueba hubiera sido obtenida será el aplicable para determinar su legalidad o ilegalidad. El problema puede suscitarse cuando una prueba sea obtenida conforme a la legislación de un país miembro, pero tenga el carácter de ilegal en el país donde se pretenda utilizar, dada la variedad normativa que sobre este particular presentan los distintos ordenamientos de los Estados miembros. En todo caso, el conjunto de derechos consagrados por la CEDH o las reglas europeas, con carácter general, se consieran de aplicación común y no oponible entre los diversos estados comunitarios.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Publicidad y secreto

Especial atención merece el tratamiento de las garantías de publicidad y secreto, ya que en ellas se incardinan indirectamente otros principios nucleares del proceso penal, que han sido regulados expresamente en distintos artículos del presente *Corpus*. Así, la protección al honor e intimidad de las partes intervinientes, la presunción de inocencia y su vulneración, con la pre-condena mediante informaciones por medios de publicidad no ajustadas a la realidad, entre otros.

Durante el período de investigación por parte del M.P.E., esa instrucción se prevé que sea secreta. En la fase preparatoria, ante el «juez de libertades», las actuaciones podrán ser públicas si las partes así lo consienten, salvo que esa publicidad pudiera dañar el buen desarrollo de la investigación, los intereses de un tercero, el orden público o las buenas costumbres. En la fase de juicio oral, éste será siempre público, salvo la excepción a este principio general que recoge el artículo 6 CEDH.

D) Aplicación subsidiaria del derecho nacional (art. 35)

Por último, y como regla final, se establece el carácter subsidiario del derecho nacional respecto del cuerpo jurídico europeo, para el supuesto de que hubieran lagunas legales en la normativa comunitaria. Será ley aplicable la del lugar en que la infracción sea perseguida, enviada a juicio o, en su caso, la del lugar de ejecución de la condena.

A continuación, se transcribe el texto íntegro de las disposiciones del *Corpus Iuris* (arts. 1 a 35):

Corpus juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea

PARTE POSITIVA

I. DERECHO PENAL

Art. 1.— *Fraude al presupuesto comunitario*

1. Se define como infracción penal el fraude que afecte al presupuesto de las Comunidades europeas, tanto en materia de gastos como de ingreses, cuando uno de los

comportamientos siguientes haya sido cometido voluntariamente o por imprudencia o negligencia grave:

a) presentar a la autoridad competente declaraciones incompletas, inexactas o basadas en documentos falsos, que se refieran a hechos relevantes (para la concesión de una ayuda o de una subvención o para la liquidación de una deuda fiscal) y que pudieran perjudicar al presupuesto comunitario;

b) no proporcionar informaciones sobre los mismos hechos a las autoridades competentes incumpliendo la obligación de informar;

c) usar indebidamente los fondos comunitarios correspondientes a una subvención o una ayuda obtenida de forma regular.

2. No será punible la persona que corrija o complete las declaraciones o renuncie a la demanda formulada sobre la base de documentos falsos, o cuando informare a las autoridades, antes del descubrimiento, sobre hechos que él mismo omitió declarar.

Art. 2.— *Fraude en concursos y subastas públicas*

Se define como infracción penal el fraude que haya sido cometido con ocasión de un procedimiento de adjudicación en materia de concursos o subastas públicas, cuando los hechos del fraude sean susceptibles de perjudicar los intereses financieros de las Comunidades. El fraude consistirá en el acuerdo oculto sobre las ofertas con los competidores, la amenaza, la promesa o engaño a los competidores o en la inteligencia fraudulenta con el funcionario encargado de la adjudicación.

Art. 3.— Corrupción

1. El término funcionario comprenderá a todo funcionario, ya sea «europeo» o «nacional».

Por «funcioanrio europeo» se entenderá:

a) toda persona que tenga la cualidad de funcionario o de agente vinculado por contrato dentro del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades europeas;

b) toda persona destinada en las Comunidades europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades europeas.

La expresión «funcionario nacional» será interpretada de acuerdo a la definición de «funcionario» o de «oficial público» en el derecho nacional del Estado miembro donde la persona en cuestión ostente esta cualidad a los efectos de la aplicación de su derecho penal.

2. Se definen como infracción penal los hechos de corrupción pasiva y de corrupción activa que ocasionen o puedan ocasionar un perjuicio a los intereses económicos de las Comunidades europeas.

3. Por corrupción pasiva se entenderá el hecho en el que un funcionario solicite o acepte, directamente o por interposición de terceros, para sí o para un tercero, ofertas, promesas o cualquier otro beneficio de cualquier naturaleza:

a) para realizar un acto de su función o para realizar un acto en el ejercicio de sun función contrario a sus deberes oficiales;

b) para que se abstenga de realizar un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función obligado a cumplir.

4. Por corrupción activa se entenderá el hecho de hacer o de dar, directamente o por la interposición de terceros, ofertas, promesas o cualquier otro beneficio de cualquier naturaleza a un funcionario, para sí o en el interés de un tercero:

a) Para que realice un acto de su función, o un acto en el ejercicio de su función contrario a sus deberes oficiales;

b) para que se abstenga de realizar un acto de su función o en el ejercicio de su función obligado a cumplir.

Art. 4.— *Ejercicio abusivo del cargo*

1. Se define como infracción penal el hecho del funcionario comunitario que,

a) decidiera la concesión de una subvención, de una ayuda o de una exoneración de derechos en beneficio de una persona que manifiestamente carezca de derecho al beneficio;

b) interviniera, directa o indirectamente, en la concesión de subvenciones, de ayudas o de exoneraciones de derechos a empresas o en relación con operaciones en las que tiene algún interés personal.

2. La sanción se agravará cuando el daño causado supere los 100.000 ecus.

Art. 5.— *Malversación*

1. Se define como infracción penal el abuso de confianza de los funcionarios comunitarios en sus funciones de administración de fondos procedentes del presupuesto comunitario. La infracción consistirá en que un funcionario comunitario, formalmente autorizado a disponer de fondos procedentes del presupuesto comunitario o a contraer obligaciones por las que se obliga a la Comunidad, abuse de sus poderes causando un daño a los intereses que le han sido confiados.

2. La sanción se agravará cuando el daño causado supere los 100.000 ecus.

Art. 6.— *Revelación de secretos oficiales*

1. Se define como infracción penal la revelación ilícita de secretos oficiales, cuando el secreto tenga por objeto una información obtenida en el ejercicio o en virtud de la actividad profesional del funcionario, principalmente, con ocasión de un procedimiento relativo al control de los ingresos o a la concesión y subvenciones.

2. Esta disposición no resultará aplicable en caso de que la ley o un reglamento exija o autorice la revelación del secreto, o cuando haya consentimiento de la persona depositaria del secreto.

Art. 7.— *Blanqueo y Receptación*

1. Se define como infracción penal el blanqueo de los productos o de la ganancia provenientes de las infracciones previstas en los artículos 1 a 6.

Por blanqueo se entenderá:

a) la conversión o el traspaso de bienes procedentes de una de las actividades criminales contempladas en el apartado precente, o de la participación en una de esas actividades con la finalidad de disimular, o de ocultar el origen ilícito de dichos bienes, o de ayudar a cualquier persona implicada en dicha activdad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

b) la disimulación o la ocultación de la naturaleza, origen, situación, disposición, movimiento o propiedad reales de los bienes o de derechos relativos a los mismos, procedentes de una de las actividades criminales contempladas en el apartado precedente o de la participación en una de esas actividades.

2. Se define como infracción penal la ocultación de los productos o de las ganancias provenientes de las infracciones previstas en los artículos precedentes 1 a 6.

Por receptación se entenderá la adquisición, la detentación o la utilización de bienes

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

procedentes de una de las actividades criminales contempladas en el apartado precedente o de la participación en una de esas actividades.

Art. 8.— *Asociación ilícita*

1. Se define como infracción penal la asociación ilícita en detrimento del presupuesto comunitario.

2. Por asociación ilícita se entenderá la asociación de dos o más personas, dotadas de una organización adecuada, con la finalidad de realizar una o más infracciones de las contempladas en los artículos 1 a 7.

Art. 9.— *Penas*

1. Son penas principales, comunes a todas las infracciones definidas en los artículos 1 a 8:

a) para las personas física: la pena privativa de libertad con una duración máxima de cinco años y/o la multa de hasta un millón de Ecus, siendo posible fijarla en una cantidad que alcance hasta el quíntuplo del montante de la infracción:

b) para las personas jurídicas: la intervención judicial por un plazo máximo de cinco años y/o la multa de hasta un millón de Ecus, siendo posible fijarla en una cantidad que alcance hasta el quíntuplo del montante de la infracción;

c) el comiso de los instrumentos y los productos con los que se haya ejecutado el hecho, así como de las ganancias provenientes de la infracción;

d) la publicación de la sentencia condenatoria.

2. Son penas accesorias para las mismas infracciones:

a) para el delito previsto en el artículo 1, la inhabilitación para obtener subvenciones futuras hasta cinco años;

b) para el delito previsto en el artículo 2, la prohibición de participar en mercados futuros hasta cinco años;

c) para los delitos previstos en los artículos 3 a 6, la inhabilitación especial para cargo público comunitaria y nacional hasta cinco años.

Art. 10.— *Elemento subjetivo*

Todas las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) requieren dolo, con excepción del fraude comunitario (art. 1) para el que será suficiente la imprudencia o negligencia grave.

Art. 11.— *Error*

1. El error sobre los elementos esenciales de la infracción excluirá el dolo; sin embargo el fraude comunitario puede ser sancionado también en casos de negligencia grave. (*supra* art. 1).

2. El error sobre la prohibición o sobre la interpretación de la ley excluirá la responsabilidad, si el error fuera inevitable para un hombre prudente y razonable. Si el error fuera evitable, la sanción se verá disminuida excluyendo, en todo caso, la posibilidad de imponer el máximo de la pena prevista (*supra*, art. 9).

Art. 12.— *Responsabilidad penal individual*

1. Todo individuo podrá ser declarado responsable de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) en concepto de autor, inductor o cómplice:

a) será autor de la infracción el que comete los hechos incriminados o el que participe, como coautor, en la comisión de la infracción;

b) será inductor de la infracción el que, por dádiva, promesa, amenaza, orden, abuso de autoridad o de poder hubiera cometido la infracción o dado instrucciones para cometerla;

c) será cómplice de la infracción, el que a sabiendas, por ayuda o cooperación, haya facilitado la preparación o la consumación.

Art. 13.— *Responsabilidad penal del responsable de la empresa*

1. En el caso de que una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) haya sido cometida por cuenta de la empresa por una persona sometida a su autoridad, serán igualmente responsables penalmente los responsables de la empresa, o cualquier otra persona distinta con poder de decisión o de control en el seno de la misma, que, con conocimiento de causa, hubieran dado órdenes, dejado cometer la infracción u omitido el ejercicio de los controles necesarios.

2. La delegación de poderes no será válida a efectos de la responsabilidad penal, salvo que fuera parcial, precisa y especial, correspondiente a una organización necesaria para la empresa y las personas en las que se delegara estuvieran realmente en situación de cumplir las funciones delegadas. Esta delegación no excluirá la responsabilidad general de control, de vigilancia y de elección del personal, y no se extenderá a los ámbitos que sean propios del responsable de la empresa como los relativos a la organización general dle trabajo en el seno de la empresa.

Art. 14.— *Responsabilidad penal de entidades colectivas*

1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción huibera sido realizada por cuanta del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.

2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos.

Art. 15.— *Graduación de la pena*

Las penas previstas para las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8) se aplicarán en función de la gravedad del hecho, de la culpabilidad del autor y del grado de su participación en la infracción. Fundamentalmente, se tomarán en consideración la vida anterior del acusado, su eventual reincidencia, su personalidad, sus móviles, su situación económica y social y, en particular, sus esfuerzos para reparar el daño causado.

Art. 16.— *Circunstancias agravantes*

1. Son circunstancias agravantes:

a) la realización del resultado fraudulento que se persigue:

b) que la cantidad del fraude o de la ganancia perseguida con la infracción sea superior a 200.000 Ecus;

c) la realización de la infracción en el marco de una asociación ilícita.

2. Si concurriera alguna circunstancia agravante, la pena privativa de libertad (o, en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su caso, la intervención judicial) se aplicará obligatoriamente y el máximo de la duración de la pena amenazada se elevará a siete años.

Art. 17.— ***Penas impuestas en caso de concurso de infracciones***

1. En el caso en que una misma persona tuviera que responder por varias infracciones de las previstas anteriormente (art. 1 a 8), se le impondrá una pena única, determinada tomando como base la sanción dela infracción más grave en la que hubiera incurrido aumentada hasta el triple; la pena así determinada no podrá sobrepasar la suma de las sanciones que se hubieran impuesto para cada infracción en particular.

2. Cuando un mismo hecho fuera constitutivo al mismo tiempo de una infracción penal según la regulación comunitaria y según la regulación nacional, sólo se aplicará la primera.

3. En cualquier otro caso de concurso, la Autoridad competente deberá tener en cuenta, a la hora de determinar la sanción, las sanciones que ya se hubieran impuesto por el mismo hecho.

II. PROCEDIMIENTO PENAL

Art. 18.— ***Estatuto y composición del Ministerio público europeo (M.P.E.)***

1. El conjunto de los territorios de los Estados miembros de la Unión constituye un espacio judicial único para las necesidades de investigación, de persecución, del ejuiciamiento y de la ejecución de las condenas relativas a las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8).

2. El M.P.E. es una autoridad de la Comunidad europea, responsable de la investigación, la persecución, el envío a juicio de la causa, el ejercicio de la acción pública ante la jurisdicción de enjuiciamiento y la ejecución de las sentencias relativas a las infracciones definidas antes (arts. 1 a 8). El M.P.E. será independiente tanto de las autoridades nacionales como de los órganos comunitarios.

3. El M.P.E. estará compuesto por un Fiscal general europeo (F.G.E.), cuyo cargo se desempeñará en Bruselas y por los Fiscales europeos delegados (F.E.D.), cuyos cargos se desempeñarán en la capital de cada Estado miembro, o en cualquier otra ciudad donde tuviera su sede el tribunal competente (art. 26).

4. El M.P.E. será indivisible y solidario:

a) la indivisibilidad implica que todo acto realizado por uno de sus miembros se reputará realizado por el M.P.E.; que todos los actos que sean competencia del M.P.E. (en particular los poderes de investigación enumerados en el artículo 20) podrán ser realizados por cualquiera de sus miembros; y que, con el acuerdo del F.G.E. o en caso de urgencia bajo su control, cada uno de los F.E.D. podrá ejercer sus funciones sobre el territorio de cualquiera de los Estados miembros en colaboración con los servicios del F.E.D. con sede en ese Estado miembro.

b) la solidaridad impone una obligación de asistencia entre los diferentes F.E.D.

5. Al igual que el M.P.E., los ministerios públicos nacionales (M.P.N.) estarán ivinculados por una obligación de asistencia.

Art. 19.— ***Requerimiento de intervención del M.P.E. e inicio de la acción pública***

1. El M.P.E. deberá ser informado de todos los hechos que pudieren constituir una de las infracciones de los preceptos anteriores (arts. 1 a 8), tanto por las autoridades nacionales (policía, fiscales, jueces de instrucción, agentes de las administraciones nacionales como el Fisco o Aduanas) como por el órgano comunitario competente en esta materia: la UCLAF (Unidad de coordinación de la lucha antifraude). Igualmente podrá ser informado por denuncia de todo ciudadano o por demanda de la Comisión. Las autoridades nacionales tendrán la obligación de solicitar la intervención del ministerio público europeo a más tardar en el momento de la acusación («mise en accusation»), en el sentido del artículo 29, párr. 2, o en el momento de dictar medidas cautelares como, fundamentalmente, la detención, los registros y embargos o la autorización de escuchas telefónicas («placement sur écoutes téléphoniques»).

2. Si la investigación llevada a cabo por una autoridad nacional revelara la existencia de una de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8), el expediente deberá ser remitido de inmediato al M.P.E.

3. El M.P.E., una vez informado de los hechos por cualquier medio que fuere, podrá ser requerido oficialmente por las autoridades nacionales o actuar de oficio.

4. La decisión de perseguir, que supone la apertura de diligencias de instrucción, podrá ser tomada por el M.P.E., sea cual fuere la cantidad del fraude. El M.P.E., está obligado por el principio de legalidad de la persecución, y deberá ejercer las acciones desde el momento en el que existan razones para suponer que una de las infracciones contempladas (arts. 1 a 8) ha sido cometida. Podrá sin embargo, por decisión especialmente motivada y comunicada de inmediato a la persona que le haya informado, así como a la que haya denunciado la infracción a sus servicios o haya presentado una demanda contra ésta:

a) atribuir a las autoridades nacionales las infracciones de poca gravedad o que afecten principalmente a los intereses nacionales;

b) archivar el asunto sin darle curso, si el acusado, habiendo reconocido su culpabilidad, ha reparado el daño y restituido, en su caso, los fondos irregularmente percibidos;

c) acordar la autorización de transacción de la causa a la autoridad nacional que haya presentado la demanda, según las condiciones enumeradas a continuación (art. 22, párr. 2, b).

Art. 20.— ***Poderes de investigación del M.P.E.***

1. Con la finalidad de descubrir la verdad y de realizar las diligencias necesarias para el juicio, el M.P.E. ,lleva a cabo, tomando en consideración las pruebas de cargo y de descargo, las investigaciones relativas a las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8). Sus poderes estarán distribuidos entre el Fiscal general europeo (F.G.E.), los Fiscales europeos delegados (F.E.D.) y, en su caso, las autoridades nacionales designadas a este efecto, según las reglas que siguen.

2. Los poderes propios del F.G.E. comprenden:

a) la dirección general de las investigaciones y su delegación a uno o más F.E.D., en las condiciones y con los límites que se definen posteriormente (art. 20, párr. 3).

b) la coordinación de las investigaciones llevadas a cabo tanto por los F.E.D. como por los servicios de policía nacionales y las administraciones nacionales competentes y, en su caso, por la UCLAF; esta coordinación podrá en forma de recomendaciones orales o escritas dirigidas a los servicios respectivos;

c) la avocación de casos cuyo sumario revele que conciernen en todo o en parte a infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8).

3. Todos los poderes siguientes podrán ser ejercicios por el F.G.E. o delegados a los F.E.D., en el caso de una investiación relativa a las infracciones definidas en los artículos 1 a 8:

a) el interrogatorio del sospechoso, en condiciones que respeten sus derechos enumerados a continuación (art. 29);

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) la captación de los documentos, y/o los datos informatizados necesarios para la investigación y, en su caso, el traslado al lugar donde haya sido cometida la infracción;

c) la demanda dirigida al juez a fin de que ordene una prueba pericial en las condiciones definidas a continuación (art. 31);

d) los registros, embargos y escuchas telefónicas ordenadas, conforme a la regla enunciada a continuación (art. 25), después de la autorización de un juez o bajo su control y practicados respetando los derechos del acusado (art. 31);

e) la toma de declaración a testigos que acepten cooperar con la justicia y, en su caso, de los testigos obligados a comparecer en las condiciones indicadas a continuación (art. 29);

f) resolver la detención o de puesta del detenido bajo control judicial, por un período máximo de 6 meses, renovable por otros 3 meses, cuando existieran razones suficientes para sospechar que el acusado hubiera cometido una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) o cuando existieran motivos razonables para considerarla necesaria para impedir la comisión de dicha infracción o impedir el peligro de fuga después de haberla cometido; esta resolución, escrita y motivada, deberá dirigirse a la autoridad judicial nacional competente según la aplicación de las reglas que se proponen posteriormente (arts. 24 y 25), debiendo ser organizada la ejecución de estas medidas en el país en el que la detención haya tenido lugar.

4. Los poderes delegados a los F.E.D. podrán ser objeto de una subdelegación parcial, limitada *ratione materiae et ratione temporis,* en favor de una autorización nacional (autoridad de persecución, policía, o cualquier otra administración competente como el Fisco o Aduanas) que deberá respetar las reglas resultantes del corpus europeo.

Art. 21.— *Conclusión de la fase preparatoria*

1. Cuando se estime que las investigaciones hayan concluido, el F.E.D. decidirá bajo el control del F.E.G. el sobreseimiento o el envío a juicio de la causa.

2. El sobreseimiento se notificará, en el sentido ya expuesto (art. 19, párr. 4), a la Comisión europea, al acusado y a todo órgano o persona que hubiera informado al M.P.E., denunciado la infracción a sus servicios o presentado una demanda contra ésta.

3. La resolución del envío a juicio de la causa será notificada en las mismas condiciones que el sobreseimiento (art. 21, párr. 2), mencinando el nombre y la dirección del acusado, la descripción de los hechos y de su calificación e indicando la jurisdicción competente. Esta resolución podrá ser recurrida ante la autoridad judicial nacional competente según las reglas establecidas a continuación (art. 25) que, después de la verificación de la regularidad del procedimiento, la elevará a la jurisdicción de enjuiciamiento competente emplazando al acusado con determinación del día y la hora de su comparecencia.

Art. 22.— *Ejercicio y extinción de la acción pública*

1. Para las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8), el M.P.E. ejercerá la acción pública ante la jurisdicción de enjuiciamiento (designada como se indica a continuación, art. 26), según las reglas en vigor en el Estado del que dependa. La parte investigadora nacional podrá, en su caso, ejercer la acción pública si los intereses nacionales estuvieran igualmente en la causa. En ese caso, las notificaciones y convocatorias se dirigirán igualmente a la parte acusadora nacional y el expediente le será comunicado en tiempo y forma.

2. Para estas mismas infracciones, la acción pública se extinguirá, con exclusión de toda medida nacional de gracia o de amnistía, por la muerte del imputado (o la disolución, si se trata de una agrupación), la prescripción o la transacción:

a) el plazo de prescripción será de 5 años, a contar desde el día en que la infracción haya sido cometida si en ese intervalo no se huibera realizado ningún acto de investigación o de persecución; si ellos hubieran tenido lugar en ese intervalo, la prescripción se interrumpirá y la infracción prescribirá después de cinco años, computados a partir del último acto. En cualquier caso, la notificación de los cargos al sospechoso interrumpe la prescripción;

b) en cuanto a la transacción, se excluirá en los casos de reincidencia, tenencia de armas, utilización de documentos falsos o si la cantidad del fraude es superior o igual a 50.000 Ecus. En los demás casos podrá ser propuesta por las autoridades nacionales al M.P.E., tanto para los asuntos que dependan de la competencia nacional (cf. art. 19, párr. 4,a), como para los asuntos de competencia europea, bajo las condiciones siguientes: cuando el demandado reconozca libremente su culpabilidad, cuando las autoridades dispongan de indicios suficientes de culpabilidad para justificar el envío a juicio de la causa, cuando la decisión de la transacción deba darse públicamente o cuando el acuerdo acordado respete el principio de proporcionalidad. En caso de rechazo el M.P.E. debe, si ha lugar, avocarse a la causa.

Art. 23.— *Ejecución de las sentencias*

1. Cuando la sentencia de condena sea definitiva, el M.P.E. dará traslado de inmediato a las autoridades del Estado miembro que se designe como lugar de ejecución de la sentencia, si bien ciertas penas como el comiso, la privación de derechos o la publicación de la sentencia podrán ser ejecutadas en uno o varios lugar(es) diferente(s) al del encarcelamiento. El M.P.E. será responsable, junto a la autoridad nacional competente, para ordenar y controlar la ejecución de la sentencia cuando ésta no sea automática. En principio la ejecución de las penas se regirá por las reglas que estén en vigor en el Estado miembro designado como lugar de ejecución de la sentencia. Sin embargo, el M.P.E. vigilará la aplicación de las siguientes reglas comunes en todo el territorio de los Estados de la Unión europea:

a) todo período de detención cumplido por el acusado por los mismos hechos, independientemente del Estado en que haya tenido lugar la misma e independientemente del momento del procedimiento en que haya tenido lugar, se computará para la pena de encarcelamiento pronunciada por la jurisdicción de enjuiciamiento;

b) nadie podrá ser perseguido ni condenado penalmente en un Estado miembro por una infracción de las definidas anteriormente (arts. 1 a 8) por la que ya haya sido absuelto o condenado por sentencia definitiva en otro Estado de la Unión europea;

c) toda sentencia condenatoria por una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) deberá tomar en consideración para determinar la pena las reglas definidas con anterioridad (art. 17) respecto del concurso de infracciones.

2. El M.P.E. autorizará, cuando proceda, el traslado si la persona condenada a una pena privativa de libertad solicitara ser encarcelada en un Estado miembro distinto al designado por la sentencia condenatoria.

Art. 24.— *Competencia* ratione loci

1. En el espacio judicial único definido en el artículo 18 párr. 1, la competencia *ratione loci* se ejercerá de acuerdo con las reglas siguientes:

a) los miembros del M.P.E. designados por el F.G.E. para ejercer las persecuciones y conducir las investigaciones en una causa bajo las condiciones ya indicadas (arts. 18 y ss.), serán competentes en todo el territorio de la Unión europea (cf. art. 18, párr. 4 a);

b) la orden de detención europea («mandat d'arrêt auropéen»), extendida a petición del M.P.E. por un juez nacional (cf. art. 20, párr. 2, e), será ejecutada en todo el territo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rio; la persona así detenida podrá ser trasladada al territorio del Estado donde sea necesaria su presencia (durante la fase preparatoria o la fase de juicio);

c) las sentencias dictadas, a propósito de las infracciones definidas anteriormente, por las jurisdicciones de cualquier Estado miembro, serán ejecutadas en todo el territorio de la Unión.

2. Si las investigaciones necesitaran, por cualquier razón, la ayuda judicial mutua de un tercer Estado, el M.P.E. solicitará a la autoridad nacional del lugar donde se lleven a cabo las investigaciones principales que dirija una demanda al tercer Estado requerido, de acuerdo con el procedimiento previsto por los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en vigor.

Art. 25.— *Fase preparatoria*

1. La fase preparatoria del proceso abierto a causa de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8), comprenderá desde los primeros actos de investigación conducidos por el M.P.E. hasta la decisión de envío de la causa a juicio. Durante esta fase, la garantía judicial será ejercida por un juez independientee imparcial, llamado «juez de las libertades» («juge des libertés»), designado por cada Estado miembro en el seno de la jurisdicción y con sede en el lugar en el que se encuentre establecido un F.E.D. Este juez será igualmente competente para resolver la adminisbilidad de la constitución como parte civil de la Comisión (cf. art. 30) y para ordenar, en su caso, las medidas cautelares relativas a los hechos que son objeto de persecución, siempre y cuando la obligación de responder esté seriamente establecida, no pueda asegurarse y cuando tales medidas, siendo necesiaras para la preservación de los intereses civiles, resulen proporcionadas a éstos.

2. En el curso de la investigación sobre las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8), se admitirán las medidas coercitivas enumeradas en el artículo 20 párr. 3. Sin embargo, toda medida restrictiva o privativa de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos por el Convenio europeo de los derechos del hombre, que se tomen durante esta fase en contra de un testigo o del acusado deberá ser previamente autorizada por el juez de las libertades que controla la legalidad y la regularidad de la medida, así como el respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad; no obstante, se admite en caso de urgencia un control *a posteriori* en un plazo de cuarenta y ocho horas, cuando los indicios de prueba corran el riesgo de desaparecer, cuando se descubra al autor de la infracción in fraganti o cuando exista peligro de fuga del sospechoso.

3. Al final de la fase preparatoria, si el F.G.E. decidiera enviar el caso a juicio (cf. art. 21, párr. 1 y 3), someterá su decisión al juez de las libertades, quien verificará la regularidad de todo el procedimiento y excluirá —en su caso— las pruebas que hubiesen sido ilegalmente obtenidas de acuerdo a las reglas expuestas a contiuación (art. 32) dando la intervención correspondiente a la jurisdicción de reenvío según las reglas determinadas en el art. 26.

Art. 26.— *Fase de enjuiciamiento*

1. Las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) serán juzgadas por las jurisdicciones nacionales, independientes e imparciales, designadas por cada Estado miembro según las reglas de competencia *ratione materiae* del derecho interno y con sede en el lugar donde se encuentre establecido el F.E.D. Las jurisdicciones se compondrán obligatoriamente de jueces profesionales, en la medida de lo posible especializados en materia económica y financiera, y no de simples jurados o de escabinos.

2. Cada asunto será juzgado en el Estado miembro cuya jurisdicción parecera la más apropiada en el interés de una buena administración de justicia y los eventuales

conflictos de jurisdicción se resolverán según las reglas definidas a continuación (art. 28). Los principales criterios de elección son los siguientes:

a) el Estado donde se encuentran la mayor parte de las pruebas;

b) el Estado de residencia o de nacionalidad del acusado (o de los principales acusados;

c) el Estado en el que el impacto económico de la infracción sea más importante.

3. Como consecuencia de la aplicación de la regla general de la subsidiariedad del derecho nacional (art. 35), las jurisdicciones nacionales deberán referirse a las reglas establecidas en el *Corpus* europeo y, en caso de laguna, aplicar la ley nacional. En los demás casos, estarán obligadas a motivar la pena haciendo referencia a las circunstancias particulares propias de cada caso, aplicando las reglas definidas anteriormente (arts. 15 a 17).

Art. 27.— *Recurso ante las jurisdicciones nacionales*

1. Toda sentencia condenatoria pronunciada contra una persona declarada culpable de una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8), podrá ser apelada por parte del condenado; dicho recurso tendrá por objeto un nuevo enjuiciamiento del caso, en derecho y de hecho, por una jurisdicción superior que pertenecerá al Estado en el que la condena haya sido pronunciada en primera instancia y que aplicará, como la jurisdicción de primera instancia, las reglas establecidas en el corpus europeo y, en caso de laguna, en la ley nacional.

2. El recurso también podrá ser presentado en caso de absolución, total o parcial, por M.P.E. en cuanto parte acusadora. La Comisión podrá unirse a él, como parte civil, sólo a los efectos de los intereses civiles.

3. En caso de recurso por parte del condenado en ausencia de otros apelantes, la jurisdicción requerida no podrá agravar la pena.

Art. 28.— *Recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (TJCE)*

1. El Tribunal de Justicia será competente para resolver en materia de infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) en tres casos:

a) a título prejudicial sobre la interpretación del corpus y de las eventuales medidas de aplicación;

b) a petición de un Estado miembro o de la Comisión sobre toda diferencia concernientes a la aplicación del corpus;

c) a petición del M.P.E. o de una autoridad judicial nacional sobre los conflictos de competencia relativos a la aplicación de las reglas que establecen el principio de territorialidad europea tanto en relación al ministerio público (arts. 18 y 24) como al ejercicio de la garantía judicial por las jurisdicciones nacionales (arts. 25 a 27).

2. Cuando se plantee una cuestión de interpretación o se eleve un conflicto de competencia ante una jurisdicción de uno de los Estados miembros, esta jurisdicción podrá solicitar al Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión, si estimara que una decisión sobre este punto fuera necesaria para emitir su sentencia.

3. Siempre que tales cuestiones o conflictos sean planteados o presentados en un caso pendiente ante una jurisdicción nacional, cuyas decisiones o sean susceptibles de recurso jurisdiccional de derecho interno, dicha jurisdicción estará obligada a someterla al Tribunal de Justicia.

Art. 29.— *Los derechos del acusado*

1. En todo proceso abierto por una infracción definida anteriormente (arts. 1 a 8), el acusado se beneficiará de los derechos de la defensa de acuerdo con el artículo 6 del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Convenio europeo de los derechos del hombre y el artículo 10 del Pacto internacional de la ONU sobre los derechos civiles y políticos.

2. Una persona podrá ser oída como testigo, pero deberá ser considerada como acusada a partir de todo acto que constate, denuncie o revele la existencia de indicios graves y concordantes de culpabilidad en su contra y, en todo caso, a partir del primer interrogatorio regularizado por una autoridad que conociera la existencia de estos indicios.

3. Desde el primer interrogatorio, el acusado tendrá derecho a conocer el contenido de los cargos que existen contra él, el derecho de ser asistido por un defensor de su elección y, llegado el caso, de un intérprete. Se reconocer igualmente el derecho a guardar silencio.

Art. 30.— *Los derechos de la Comisión como parte civil*

1. La Comisión europea, en la medida en la que la Comunidad sea víctima de un daño directamente causado por una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8), podrá constituirse como parte civil ante el juez competente durante la fase preparatoria o en el momento de la apertura de la fase de enjuiciamiento. Podrá solicitar al juez la adopción de medidas cautelares y ordenar, en su caso, la reparación del daño.

2. Cuando la constitución como parte civil fuere admitida, se confiere a la Comisión los derechos y prerrogativas de parte en el proceso: traslado del expediente, presencia en la audiencia, participación en la práctica de la prueba, ejercicio del derecho al recurso en lo que concierne a los intereses civiles (cf. art. 27).

Art. 31.— *La carga de la prueba*

1. Se presumirá la inocencia de toda persona que haya sido acusada de una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) hasta que su culpabilidad sea determinada legalmente por una sentencia definitiva con valor de cosa juzgada.

2. Con excepción de las obligaciones de exhibir ciertos documentos que pudieran encontrar su fundamento en el derecho nacional o en el derecho comunitario, nadie estará obigado a contribuir de manera activa, directa o indirectamente, a establecer su propia culpabilidad.

Art. 32.— *Las pruebas admitidas*

1. Son admitidas en todos los Estados miembros de la Unión europea las siguientes pruebas:

a) los testimonios directos o presentados en la audiencia por un medio audiovisual cuando el testigo se encuentre en otro Estado miembro, o recogidos por el M.P.E. bajo la forma de una «diligencia de interrogatorio europea» (*«procès-verbal européen d'audition»*), lo que implica que la diligencia haya sido realizada ante un juez y en presencia de la defensa con la posibilidad de interrogar; finalmente que la diligencia haya sido grabada en vídeo;

b) los interrogatorios del acusado directos o que hayan sido recogidos por el M.P.E. en forma de una «diligencia de interrogatorio europea» requieren que el interrogatorio haya sido realizado ante un juez, que el acusado haya sido asistido por un defensor de su elección al que se le haya dado acceso a las actuaciones en tiempo y forma en un plazo máximo de 48 horas antes del interrogatorio y, en su caso, que haya podido disponer de un intérprete, así como que la declaración haya podido ser grabada en vídeo;

c) las declaraciones del acusado, independientemente de todo interrogatorio, desde que haya sido realizadas ante la autoridad competente (M.P.E. o juez), siempre que el acusado haya sido previamente informado de su derecho a guardar silencio y a beneficiarse de la asistencia de un defensor de su elección; estas declaraciones podrán grabarse en cualquier medio;

d) los documentos presentados por un perito contable en el curso de la fase preparatoria o al comienzo de la fase de juicio; el perito será designado por la autoridad competente entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una lista europea acordada entre los Estados miembros a propuesta del M.P.E.

e) los documentos que el acusado haya sido obligado a exhibir en una investigación administrativa previa, salvo en los casos en los que una obligación de este tipo hubiera dado lugar a sanciones penales.

2. Las disposiciones presentes no excluirían la utilización de otros medios de prueba considerados admisibles en el derecho nacional en vigor en el Estado del que dependa la jurisdicción de enjuiciamiento.

Art. 33.— *La exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas*

1. En los procesos por alguna de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8) la prueba deberá ser rechazada si hubiera sido obtenida por los órganos comunitarios o nacionales en violación de los derechos fundamentales consagrados por el CEDH, de las reglas europeas establecidas anteriormente (arts. 31 y 32), o del derecho nacional aplicable, siempre que no estén justificadas por las reglas europeas citadas.

2. El derecho nacional aplicable para determinar si la prueba ha sido obtenida legal o ilegalmente deberá ser el derecho del país en el que la prueba haya sido obtenida. Cuando una prueba haya sido legalmente obtenida en este sentido, no se podrá oponer a la utilización de esta prueba el solo hecho de que la obtención habría sido ilegal en el país de utilización. Pero siempre se podrá oponer a su alegación el hecho de que la obtención, aunque aparentemente conforme al derecho del país en el que hubiera sido obtenida, ha violado los derechos consagrados por la CEDH o las reglas europeas (arts. 31 y 32).

Art. 34.— *Publicidad y secreto*

1. Las investigaciones llevadas a cabo bajo la dirección del M.P.E. serán secretas y las autoridades que participen en estas investigaciones estarán obligadas por el secreto profesional.

2. Las audiencias ante el juez de las libertades (*«juge des libertés»*) se podrán celebrar públicamente si las partes así lo consintieran de común acuerdo, salvo que la publicidad pudiera dañar el buen desarrollo de la investigación, los intereses de un tercero, el orden público o las buenas costumbres. En cualquier caso, estará prohibido durante el proceso que los medios de comunicación publiquen informaciones relativas a los elementos de prueba.

3. La sentencia deberá ser dictada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia podrá prohibirse a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6, párrafo 1 CEDH. Dicha publicidad podrá incluir la grabación y la difusión audiovisual del proceso si el derecho nacional del Estado en cuestión así lo previera y en las condiciones que éste imponga.

Art. 35.— *La subsidiariedad del derecho nacional respecto del cuerpo jurídico europeo*

El corpus de las reglas de derecho sustancial (arts. 1 a 17) y procedimental (arts. 18 a 34) definidas con anterioridad, será aplicable en todo el territorio de los Estados miembros de la Unión europea. En caso de laguna legal del corpus, la ley aplciable será la del lugar en el que la infracción sea perseguida, enviada a juicio o, en su caso, la del lugar de ejecución de la condena.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA ADMINISTRACIÓN DEL ARBITRAJE POR PERSONA JURÍDICA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

M.ª ÁNGELES JOVÉ PONS
Profesora Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

Introducción. — I. Concepto y notas esenciales. — II. Ventajas de esta modalidad de arbitraje. — III. Regulación legal: 1. Antecedentes; 2. La Ley 36/1988 de 5 de Diciembre de Arbitraje. — IV. Las Instituciones Arbitrales: 1. Concepto; 2. Régimen jurídico. Estatutos y Reglamentos arbitrales; 3. La actividad de las Instituciones Arbitrales; 3.1. Determinación de su propia competencia; 3.2. Organización del sistema arbitral; 3.3. Administración del arbitraje; 3.4. Control del arbitraje; 3.5. Otras actividades; 4. Responsabilidad en el desempeño de sus funciones; 5. Desarrollo de la intervención del Tribunal Arbitral de Barcelona.

INTRODUCCIÓN

La doctrina habla indistintamente de arbitraje institucional, corporativo, organizado o administrado[1], para referirse a una modalidad de arbi-

1. No obstante, conviene utilizar con cautela dichas expresiones, sobre todo las de arbitraje corporativo y arbitraje administrado. La primera porque únicamente hace refe-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

traje caracterizado por la intervención de una Institución especializada de carácter permanente. A esta Institución acuden voluntariamente las partes encomendándole la realización de una serie de funciones, que sus propias normas reguladoras prevén y que podrían resumirse en la facilitación de los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo del arbitraje.

Su institucionalización como método de resolución de conflictos intersubjetivos es especialmente relevante y creciente en el ámbito internacional, en el que la carencia de una regulación específica y detallada del arbitraje «obligaría a las partes a un alarde imaginativo infrecuente en el momento de concluir un contrato, o a remitirse a una ley nacional de procedimiento»[2]. Estos inconvenientes se evitan acudiendo a una Institución especializada en la materia, a la que se encomienda la puesta en marcha y seguimiento del arbitraje cuando surja la necesidad[3].

También en el ámbito interno estamos asistiendo a un desarrollo creciente del mismo, previsto en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Precisamente, al amparo de esta normativa el 15 de febrero de 1989 se constituyó en Barcelona **«L'Associació Catalana per a l'Arbitratge»**, cuya obra ha sido fruto de la íntima colaboración de cuatro entidades: **Colegio de Abogados de Barcelona, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona y Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña**[4]. La tradición pactista y negociadora de la sociedad catalana llevó a estas entidades a ser pioneras al poner en marcha —en menos de 70 días desde la promulgación de la nueva Ley—, **el Tribunal Arbitral de Barcelona, al que dedicaremos una especial atención en este análisis.**

rencia a los supuestos en que la Institución Arbitral es de tipo corporativo, es decir, sin abarcar todas las posibilidades. La segunda, de influencia anglosajona, porque recoge tan sólo un aspecto parcial de la actividad que realiza esta entidad —la administración del arbitraje—, dejando de lado otras funciones como la organización o el control de aquél, y además puede inducir a la suposición errónea de que la Institución administradora puede influenciar la propia decisión arbitral. En este sentido se pronuncia ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje e instituciones arbitrales», Barcelona 1992, pp. 174.

2. CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, «Tratado de arbitraje privado interno e internacional», Madrid 1991, pp. 537.

3. Precisamente, una de las ventajas que proporciona el arbitraje institucional en el comercio internacional es la **necesaria neutralidad** que buscan las partes para dirimir sus desavenencias. En este sentido puede consultarse a YVES DERAINS, Miembro de la Court d'Arbitrage de la Cámara de Comercio Internacional de París, «Ventajas y experiencias del arbitraje», Jornada sobre Justicia Alternativa, en Boletín especial del T.A.B., pp. 57 y ss.

4. Esta unión, única en nuestro país, ha favorecido el crecimiento del T.A.B. tanto en prestigio como en volumen de trabajo, puesto que los tres colectivos suman sus fuerzas para favorecer el arbitraje como sistema de resolución de conflictos. Así, esta triple unión es una seña de identidad del T.A.B. respecto a otros Tribunales Arbitrales Españoles.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

Puede perfectamente afirmarse que el arbitraje institucional es una especie del género arbitraje y que, en consecuencia, participa de las notas que lo definen. Sin embargo, sus especiales características le proporcionan una configuración propia.

Así, siguiendo al Profesor ALMAGRO NOSETE, podemos entender por arbitraje institucional, **«el confiado a un centro de arbitrajes, entidad de carácter corporativo o institucional que administra aquél, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, y la facilitación, en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto»**[5].

La primera nota que lo caracteriza es la **intervención de una Institución**[6] **Arbitral**.

El arbitraje «ad hoc» es aquel instituido por las partes para poner fin a un conflicto determinado existente entre ellas, sin intervención de ninguna entidad interpuesta y haciendo las propias partes la designación directa de los árbitros. Es decir, su fundamento descansa en una relación de confianza entre aquéllas y los árbitros. Relación de confianza entendida en el más amplio sentido, es decir, no sólo confianza personal, sino también y fundamentalmente, confianza profesional[7].

En el arbitraje institucional **esta relación de confianza se traslada hacia la Institución Arbitral**. Cuando las partes acuerdan en el Convenio acudir a una entidad especializada, buscan en definitiva una mayor estabilidad en el desarrollo del procedimiento arbitral[8]. Confían en su

5. ALMAGRO NOSETE, «La nueva Ley española de arbitraje», En Estudios de Derecho Procesal en honor de Victor FAIRÉN GUILLÉN, Valencia 1990, pp. 37.

6. La utilización de este término obedece más a un consenso de la doctrina que a un estricto sentido técnico-jurídico.

7. En todo caso hay que huir del peligro de los «jueces defensores de las partes». Al respecto puede consultarse a RAMOS MÉNDEZ, «Los abogados de las partes no pueden ser árbitros», Seminario sobre el arbitraje en la construcción, Boletín n.º 3, del Tribunal Arbitral de Barcelona, pp. 93 y ss.

8. En este sentido, CREMADES, «El arbitraje en el siglo XXI», La Ley, 1990, n.º 4, pp. 1184 y ss.

profesionalidad, en la medida en que esta Institución garantiza la puesta a disposición de los medios necesarios para el desarrollo del arbitraje, conforme a los términos en que se les haya encomendado intervenir y a sus normas reguladoras.

Por esta razón, la potenciación de esta modalidad de arbitraje ha de lograrse ganando progresivamente la confianza de quienes pueden encomendarles la administración de su arbitraje. Es preciso que día a día adquieran prestigio para que pueda tomarse conciencia de que su actuación reporta en efecto ventajas para el desarrollo del procedimiento arbitral.

Como consecuencia de esta actuación de Instituciones profesionalizadas interpuestas surgen nuevas relaciones entre los distintos sujetos del arbitraje que han de unirse a las existentes entre las partes y los árbitros, tradicionales del arbitraje configurado «ad hoc». Las partes entran en relación con la Institución Arbitral a la que encargan determinadas funciones y, ésta, a su vez, se relaciona con los árbitros, designándolos, poniendo a su disposición los medios necesarios para el desempeño de su función, facilitando su comunicación con las partes, recibiendo escritos, dándoles traslado... etc.

En efecto, como segunda característica a destacar, **aparece un nuevo haz de relaciones entre los distintos sujetos intervinientes en el arbitraje, que será más complejo, cuantas más atribuciones haya asumido la Institución especializada.**

La Ley de Arbitraje no presta demasiada atención al régimen jurídico al que deben someterse las relaciones entre los distintos sujetos, limitándose a establecer un régimen general de responsabilidades en el art. 16[9], cuestión sobre la que volveremos más adelante. **Por esta razón será necesario acudir a las normas reguladoras de cada Institución Arbitral para analizar su concreto régimen jurídico**.

Ciertamente, la voluntad de las partes es lo que legitima la intervención de esta Institución. Pero es que, además, **los límites de sus funciones también dependen de la extensión del encargo**.

En la Ley de Arbitraje no se detallan estas funciones más que de una forma genérica, prefiriéndose la utilización de la expresión **administración del arbitraje**[10], **antes que otras posibles como organización del sistema arbitral** utilizada en la Exposición de Motivos. **En todo caso, deben detallarse en la regulación propia de cada Institución y su atribución en cada supuesto determinado es —como decíamos—, consecuencia de la voluntad de las partes.**

9. Art. 16.1, «La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo y culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.».

Por último, debe tenerse presente —como característica fundamental— que, entre las funciones que realiza la Institución Arbitral **no se incluye la decisión o resolución de la controversia.** Esta actividad decisoria es exclusiva de los árbitros y como tales, por expresa disposición del art 12.1 de la L.A., sólo pueden actuar personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles. **Las mencionadas Instituciones no arbitran o deciden el asunto, sino que se limitan a organizar y administrar el sistema arbitral y a designar, en su caso, los árbitros**[11].

II. Ventajas de esta modalidad de arbitraje

Lógicamente, el arbitraje institucional también participa —por tratarse de una modalidad de arbitraje— de las ventajas que éste proporciona como medio de resolución de conflictos, pero además añade una serie de

10. Arts. 10, 13, 21.2.º, 31.1.º, 38.2.º.

11. Al respecto son ilustrativas las palabras de Albadalejo:

«Si, como creo, el arbitraje de persona jurídica se entiende que deberá desarrollarse por los cauces normales que para formar su voluntad y de declararla corresponden a la persona jurídica, habrá que pensar en que su Consejo o Asamblea fuesen los que enjuiciasen por la persona jurídica previa deliberación sobre la materia sometida a arbitraje (decir que del arbitraje entendiese sólo el presidente de la persona jurídica sería insólito imputándose el arbitraje de aquélla; y realmente lo que habría sería un arbitraje personal de quien ocupase el cargo, es decir, un árbitro designado por la circunstancia de ser la persona física titular de aquél, como si se nombrara árbitro a quien sea Decano de tal Colegio de Abogados o de cual facultad de Derecho), enjuiciamiento y deliberación de todo punto desaconsejables para la vida real», «El sedicente arbitraje de personas jurídicas», Actualidad Civil, n.º 7, Semana del 12 al 18 de febrero de 1990, pp. 97.

Se aprecia sin dificultad lo entorpecedor que sería, por ejemplo, un Colegio Arbitral compuesto por tres miembros, siendo uno o varios de éstos una persona jurídica, actuando por consiguiente su Consejo en el Tribunal Arbitral. Por lo que a sus reuniones y deliberaciones internas habría que unir las propias del Colegio Arbitral.

La idea del legislador fue conferir la función resolutoria del arbitraje a quien sea persona física, y dejar a las personas jurídicas la organización y administración del arbitraje. Sin olvidar que según el ordinal segundo del art. 12, es condición imprescindible para resolver arbitrajes de derecho ser abogado en ejercicio, lo que para las personas jurídicas se convierte en una auténtica imposibilidad. En este sentido, se pronuncia Lledo Yagüe, «Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre», Coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid 1991, pp. 139-140.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mejoras propias que suponen la superación de algunos inconvenientes planteados, en ocasiones, por el arbitraje «ad hoc».

Téngase en cuenta que al hablar de ventajas nos referimos a ventajas ideales, es decir, las que deberíamos encontrar en el arbitraje. No es cierto que en cualquiera se disfruten todas, si bien son las que las partes buscan y, en general, afortunadamente encuentran.

Cuando se habla de las utilidades que facilita este método alternativo de solución de conflictos suele hacerse referencia al proceso judicial. En este sentido, se destaca la **sencillez y simplicidad** del procedimiento arbitral por la ausencia de formalismos [12].

Esta ductilidad permite en la práctica que los árbitros y las partes acuerden un calendario de actuaciones que se adecue perfectamente a las características particulares de un asunto determinado. Los plazos preclusivos para formular alegaciones se interpretan de forma flexible, de modo que su incumplimiento —siempre que no sea consecuencia de maniobras maliciosamente dilatorias— no supone su rechazo, dando lugar a una mayor rapidez. Rapidez garantizada por la existencia, eso sí, de rígidos plazos dentro de los que ha de pronunciarse el laudo bajo pena de nulidad y por la caracterización del procedimiento arbitral como de instancia única, no pudiendo interponerse más recursos que los establecidos en la L.A [13].

También se destaca la posibilidad de nombrar árbitros a **especialistas** en la materia controvertida, evitando la asistencia de peritos tan frecuentes en nuestros Tribunales. Los jueces, cualesquiera que sean sus cualidades, experiencias o conocimientos son generalistas, es decir, deben resolver todo tipo de cuestiones. El arbitraje permite acudir a quien tiene un conocimiento muy preciso sobre determinada materia.

Por lo que se refiere al **coste del arbitraje** suele afirmarse que es razonable teniendo en cuenta las ventajas que ofrece.

Conviene resaltar, asimismo, que el coste es una variable dependiente de la duración y de la eficacia de un arbitraje determinado comparándolo con la duración y eficacia de un proceso judicial. Si el arbitraje es rápido, el precio puede ser asumible; por el contrario, si es lento, por

12. Art. 25 L.A.; «Los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de lo establecido en esta Ley respecto del plazo para dictar el laudo.

No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones».

13. El de revisión y el de anulación que, en modo alguno, suponen un nuevo conocimiento del asunto por el Tribunal jurisdiccional.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

más que en términos absolutos sea económico, deviene exageradamente caro. Si añadimos la otra variable que es la eficacia puede afirmarse con convicción que una solución judicial gratuita, que tarda muchos años en producirse, es más cara que una solución arbitral obtenida en pocos meses a un coste razonable.

En conclusión, **el arbitraje comporta evidentemente un gasto que en ocasiones puede resultar elevado y que debe compensarse con las ventajas que estamos señalando.**

A ellas puede añadirse también la **discreción o confidencialidad**, la posibilidad de conservar las relaciones comerciales al ser un modo de hacer justicia manteniendo la amistad [14]. Sin olvidar las inconfesables razones de índole fiscal [15].

A estas condiciones favorables deben sumarse, ahora sí, las propias del arbitraje institucional, estando en función de las mayores o menores atribuciones que se otorguen a la Institución Arbitral. Al respecto, como manifiesta ALMAGRO NOSETE, «La facilitación del arbitraje puede tener diversos niveles de operatividad» [16], en consecuencia, «cuantas más atribuciones se hayan realizado en favor de la institución arbitral, mayores

14. Ya que en el arbitraje el ambiente es totalmente distinto al que se encuentra en el procedimiento judicial.

En esta línea son muy gráficas las palabras de MUÑOZ SABATÉ: «Pero yo añadiría, además, otro argumento: las complejidades del tráfico moderno —mercantil sobre todo— comportan, esto lo saben todos los abogados, el uso de mecanismos negociables atípicos (fiduciarios, indirectos, etc...) que entretejen una red intrincada imposible de resolver y entender, si no lo podemos explicar a un tercero «suaviter» y «sine estrepitu iudice», porque, tanto una parte como la otra, están de acuerdo en que aquéllo se hizo de esta manera porque era mejor que de la otra, pero esto es inexplicable con la frialdad de la demanda y con las imposiciones del principio de congruencia y de resolución «secundum allegata». Es imposible que un juez entienda esto, y no lo entiende, porque las propias partes están utilizando un doble discurso, y además porque el juez queda atado al principio de congruencia. En cambio, qué tranquilidad, qué suspiro, al haber podido encontrar el momento justo y la plataforma idónea en que se le puede confiar y decir a un árbitro, «mire Ud., esto es de esta manera, por más que formalmente no lo parezca», en «Alternativas a la administración de Justicia en el orden civil y mercantil», en Boletín Especial del T.A.B., pp. 27 y 28.

15. Puestas de manifiesto por VALCARCE, «El arbitraje privado (Ley de 22-12-1953)», R.D.º P., 1953, pp. 117 y ss.

16. «...que van desde el nombramiento y designación de los árbitros, con aplicación de las reglas de procedimiento previstas en los reglamentos de las mismas, hasta el establecimiento de la sede o lugar donde deba realizarse el arbitraje, junto con otros servicios complementarios de orden económico o administrativo (fijación de tarifas, determinación de honorarios, facilitación de locales y medios materiales y otros)», en «El arbitraje y la edificación», en «Poder Judicial», núm. especial, VII, pp. 219.

serán las posibilidades de disfrutar de las ventajas que el correcto desarrollo de sus funciones proporciona» [17].

El primer aspecto positivo a señalar consiste en que la Institución Arbitral es una **entidad especializada en la prestación de servicios arbitrales, es decir, constituye una organización profesional y profundamente conocedora de este fenómeno**. Esto significa que las partes no necesitan tener un conocimiento exhaustivo del arbitraje y de sus normas reguladoras. Los problemas que pueden presentarse en el desarrollo de la función arbitral se resuelven casi automáticamente, al existir un cauce previamente establecido y, por tanto, conocido en el Reglamento de la Institución [18].

La Institución Arbitral proporciona los medios, tanto materiales como personales, que precisa el desarrollo normal del procedimiento arbitral.

Respecto a los medios materiales es especialmente relevante la necesidad de un local adecuado para que los árbitros puedan reunirse y discutir sobre la materia objeto de controversia, así como practicar las pruebas que sean admitidas. En relación a los últimos destaca la **elección de los árbitros**.

Las Instituciones Arbitrales pueden llevar a cabo dos actuaciones distintas, según la función que se les encomiende; cuando la designación se la reservan las partes, podrán poner a su disposición una lista de personas especialmente aptas para actuar como árbitros, facilitando de este modo la elección; cuando el nombramiento se les encomienda a aquéllas, serán las encargadas exclusivamente de realizarlo.

Otro aspecto positivo a resaltar es la **actividad de control que las Instituciones realizan**. En un primer momento, les lleva a comprobar su propia competencia. Es decir, la validez del Convenio arbitral y la efectiva atribución de funciones a la misma. Con ello se pretende evitar la oposición de las partes al arbitraje, que de ser estimada por los árbitros dejaría expedita la vía judicial [19]. Posteriormente, controlan el desarrollo del procedimiento arbitral, y el cumplimiento de los requisitos formales

17. ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje e instituciones arbitrales», Barcelona 1992, pp. 181.

18. En este sentido, las remisiones de la L.A. a los reglamentos de las Instituciones Arbitrales son numerosas, cómo, por ejemplo, para determinar la forma en que los árbitros han de resolver la controversia (art. 4.2), para llevar a cabo la designación de los árbitros (arts. 10.1 y 14) y del Presidente del Colegio Arbitral (art. 13), para el desarrollo del procedimiento arbitral (art. 21.2) etc...

19. Art. 23 de la L.A.

de la elaboración del laudo, sin participar en la labor decisoria que comporta. **Estas actividades persiguen la importantísima finalidad de evitar ulteriores nulidades.**

Además, **el arbitraje institucionalizado supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, que se saben respaldados por una entidad especializada** y con un interés indiscutible en que el resultado final no suponga un descrédito de su labor administradora [20].

Por último, destaca también el régimen de responsabilidades de los sujetos intervinientes. El art. 16 de la L. A. es suficientemente expresivo de **las garantías que supone el arbitraje institucional en orden a la reparación de los daños y perjuicios originados por conductas dolosas o culposas de los árbitros**, ya que el perjudicado dispone de acción directa contra la Institución.

El contrapunto a estas ventajas se encuentra —como indicábamos— en el consiguiente aumento del coste del arbitraje. Es evidente que la intervención de una Institución Arbitral supone un encarecimiento del mismo originado por los gastos de administración [21]. **No obstante, las utilidades destacadas son suficientemente significativas**. Además es habitual la existencia de unas tarifas que permiten «a priori» calcular con aproximación el gasto previsible.

III. REGULACIÓN LEGAL

Expuesto el concepto, sus notas caracterizadoras y las ventajas que puede proporcionar el arbitraje objeto de estudio, analizaremos, a continuación, su **regulación legal.**

20. CREMADES, «Análisis comparativo de Tribunales Arbitrales permanentes», en Estudios sobre arbitraje, Madrid, 1977, pp. 148.

21. Siempre que no haya acuerdo en contrario, las partes aceptan las tarifas que figuran en los reglamentos de las Instituciones Arbitrales, que recogen los honorarios de los árbitros y el coste del servicio prestado por la entidad.

Normalmente, las tarifas se calculan de acuerdo con la cuantía del litigio, aplicándose un porcentaje máximo y mínimo sobre aquél. Esta operación facilita una horquilla que permite determinar el montante a satisfacer en atención a la naturaleza y complejidad del asunto, volumen de actuaciones etc... Para el supuesto de que la parte instada formule reconvención, se aplican dos fórmulas: la primera consiste en acumular el total de las reclamaciones y aplicar la tarifa correspondiente que resulte; la segunda, calcular de forma separada la reconvención.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. *Antecedentes*

Nuestra legislación arbitral recogida en las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 impedía expresamente la posibilidad de diferir a un tercero la designación de los árbitros. Así, el art. 744.4.º establecía que «no podrá conferirse por las partes la facultad de nombrarlo a ninguna persona», y el art. 791.4.º, respectivamente, se expresaba en los siguientes términos, «en ningún caso los interesados podrán conferir a una tercera persona la facultad de hacer la elección o nombramiento de ninguno de los árbitros».

Su nombramiento era considerado como una facultad personal de las partes. En este sentido, GUASP DELGADO defendió que ninguna persona distinta a ellas puede proceder válidamente a dicha elección [22]. Teniendo en cuenta esta afirmación, no es de extrañar que, como máximo inspirador de la L.A.D.º Privado de 1953, impusiera su criterio no sólo impidiendo la intervención de terceros en la designación de los árbitros, sino también restringiendo su aplicación al ámbito civil, y excluyendo cualesquiera arbitrajes ordenados en prescripciones de derecho Público, sean arbitrajes internacionales, corporativos... etc.

En este contexto no tenían cabida las Instituciones Arbitrales, **siendo únicamente las partes las que pueden designar a los árbitros, y realizar cualquier actividad relacionada con el arbitraje propuesto.**

La evolución de los factores socio-económicos fue poniendo de manifiesto los inconvenientes de esta situación y su inoperancia práctica. La necesidad de una reforma se hizo más acuciante al superar el periodo de autarquía y fomentarse las relaciones comerciales de carácter internacional, en las que precisamente adquiría gran importancia la solución arbitral para dirimir las controversias que pudieran surgir. La restrictiva legislación española —prevista para resolver conflictos internos de derecho civil— originó la «huida» de numerosas empresas en busca de regulaciones más flexibles, proliferando los arbitrajes realizados por Instituciones Arbitrales extranjeras con intervención de empresas de nuestro país [23].

22. «La elección de árbitros se configura así como un acto personalísimo en el que la voluntad de las partes no puede ser delegada ni sustituida ni reemplazada, debiendo considerarse nulo de pleno derecho el compromiso en que no se observe este requisito fundamental», GUASP DELGADO, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, vol. 1.º, tercera parte, Madrid 1950, pp. 1184.

23. En este sentido FERNÁNDEZ ROZAS, «El largo camino hacia la Ley 36/1988 de Arbitraje» R.C.E.A. 1988-89, pp.34; «La situación general no era la más satisfactoria para los comerciantes españoles, sobre todo para los exportadores, que se veían obligados a someterse al arbitraje en plazas extranjeras que, junto con los inconvenientes que ello generaba, daba lugar a unos costos muy elevados».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En esta esperada Reforma incide, de modo considerable, la ratificación del Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional de 21 de abril de 1961 (B.O.E. 4-X-75) [24], y del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958 (B.O.E. 11-V-77); porque dejó al descubierto un régimen dual que tardó varios años en ser reconocido, provocando un agravio comparativo al coexistir una normativa interna y otra internacional, y que conduce finalmente a la vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

2. La Ley 36/1988, de arbitraje

Si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde que en 1975 el grupo de trabajo designado en la Comisión General de Codificación preparó el Anteproyecto, hay que decir que es una ley que ha tardado demasiado tiempo en promulgarse. Con todo, el texto merece una valoración positiva por parte de la doctrina **que ha destacado especialmente la incorporación del arbitraje institucional al ordenamiento español, hasta el punto que para algunos juristas justificaba por si sólo la Reforma** [25].

24. La entrada en vigor en España de este Convenio dió lugar a un régimen dual que tardó varios años en ser reconocido, coexistiendo una normativa interna (La L.A.P.) y otra internacional (el CEACI), a pesar de que el Título Preliminar del Código Civil, en su redacción de 31 de mayo de 1974, estableció la aplicación directa de las normas contenidas en los Tratados Internacionales una vez publicadas íntegramente en el B.O.E.

El reconocimiento llegó más tarde con el conocido y comentado Auto del T.S. de 11 de febrero de 1981, (que, aunque referido al Convenio de Nueva York de 1958, es perfectamente aplicable al CEACI y a cualquier otro Convenio ratificado y publicado en España), y en posteriores resoluciones. En concreto, del análisis de los Autos de 24 de marzo de 1982 y de 17 de junio de 1983, extrae RAMOS MÉNDEZ la posibilidad de instaurar un arbitraje ad hoc o un arbitraje institucional. Ante esta situación el autor destaca la obviedad del agravio comparativo que sufre el arbitraje interno, que «debe conducir a la inmediata modificación de la ley interna para liberalizar esta institución de los corsés que estrangulan su florecimiento en la práctica», en «Arbitraje internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial», Justicia, 1984, num. II, pp. 376.

25. En este sentido se pronuncia, entre otros, ALMAGRO NOSETE: «El segundo acierto de la Ley de Arbitraje, (el primero hace referencia a la superación de la arcaica distinción entre «claúsula compromisoria» y «compromiso arbitral») hasta el punto de que para algunos juristas justificaba por sí solo la reforma, es la permisión y regulación legal, por primera vez en España, del arbitraje institucional. Como se sabe, había un desfase histórico entre nuestra legislación y la de los ordenamientos legales de otros Estados, desfase arrastrado desde hace mucho tiempo pero patentizado sobre todo en la última década como consecuencia de la incorporación progresiva y finalmente plena de España en el mercado Europeo y en el comercio internacional, junto con un acrecentado y paralelo desarrollo jurídico de sus relaciones con otros Estados, merced a la suscripción

Algún autor piensa que en el art. 9.2 de la citada Ley se da entrada al arbitraje institucional al permitir diferir el nombramiento de los árbitros a un tercero, ya sea persona física o jurídica[26]. Sin embargo, al hacerlo parece olvidarse que lo que realmente caracteriza a esta modalidad de arbitraje, no es tanto la forma de designación de los árbitros como la intervención de una Institución en la organización y administración del procedimiento arbitral[27].

Por esta razón el precepto en el que, sin lugar a dudas, se prevé el arbitraje institucional es el artículo 10 que contiene las siguientes precisiones[28]:

1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Los reglamentos arbitrales de las Corporaciones de Derecho Público y de las Asociaciones y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente.

3. La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje.

Se amplía el alcance de la encomienda que no sólo comprende la designación, sino también la administración del arbitraje. Todo ello de acuerdo con el reglamento de la institución o corporación.

de un gran número de convenios y tratados bilaterales y multilaterales, que han contribuido a generar grandes posibilidades de intercambio en todos los órdenes.», en «La nueva ley española de arbitraje», Boletín especial del T.A.B., Jornada sobre Justicia alternativa, pp. 75.

26. En esta línea se manifiestan CREMADES, «España estrena Ley de Arbitraje», R.C.E.A., 1988-89, pp. 15; y ARROYO MARTÍNEZ, «Legislación arbitral», Madrid, 1989, pp. 12.

27. En este sentido ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje e instituciones arbitrales», op. cit., pp. 173 y 201; «En mi opinión, este precepto (se refiere al art. 9.2 L.A.) pretende romper con la tradicional regulación de esta materia en nuestro ordenamiento, no introduciendo el arbitraje institucional, sino arbitrando medios para lograr la efectividad del arbitraje, dado que en numerosas ocasiones se tornaba inoperante por los inconvenientes de tener que nombrar directamente las partes a los árbitros».

28. Para un análisis completo de la tramitación y discusión parlamentaria del art. 10, precepto que fue objeto de numerosas enmiendas, puede consultarse, por todos, a LLEDO YAGÜE en «Comentarios a la Ley de Arbitraje», Coord. BERCOVITZ, Madrid, 1991, pp. 138 y ss.

El legislador no ha querido proceder a la máxima liberalización del arbitraje institucional, permitiendo que cualquier persona jurídica pueda administrarlo tal como se preveía en el Anteproyecto de la Ley[29]. Ha considerado conveniente restringir esta posibilidad a las Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y a las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean también estas funciones[30].

Como contrapunto, esta restricción se compensa con un reconocimiento; no se requiere homologar el reglamento ante ninguna instancia administrativa. Según el borrador del Anteproyecto debía hacerlo el Ministerio de Justicia, sin embargo, la Ley considera bastante que el reglamento arbitral y sus modificaciones se protocolicen notarialmente, de forma que puedan ser conocidos con anterioridad y sus reglas no sean secretas o de difusión restringida.

Contrasta la importancia atribuida al arbitraje institucional y las esperanzas depositadas en las Instituciones Arbitrales con la parca regulación que la nueva legislación le dedica[31]. Parece ser que el legislador pretendió evitar los excesos de formalismo de la etapa anterior y **potenciar al máximo la autonomía de la voluntad, no sólo de las partes, sino de todos los sujetos implicados en este mecanismo de solución de controversias.**

El arbitraje institucional no ha de revestir especiales formalidades siendo de aplicación las normas generales de la L.A.. Por lo tanto, de los arts. 5 y 10 se deduce que, el Convenio arbitral o los acuerdos complementarios deberán expresar de manera inequívoca la voluntad de las partes de encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una Corporación de Derecho Público o a una Asociación o entidad sin ánimo de lucro, de acuerdo con sus reglamentos.

A las partes no se les requiere ningún requisito añadido a los generales de esta Ley, es decir, capacidad para contratar y disposición sobre la materia controvertida. Igualmente, podrán ser objeto de arbitraje insti-

29. Así se pronuncia ALMAGRO NOSETE, «La nueva Ley española del Arbitraje», Boletín especial del T.A.B., Jornada sobre Justicia Alternativa, pp. 76, también publicado en Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillén, Valencia 1990, pp. 38.

30. Esto es, las asociaciones de derecho civil y las fundaciones no experimentan ningún tipo de restricción, solamente se excluyen las sociedades mercantiles o civiles en las que resulta esencial el ánimo de lucro.

31. En este sentido GÓMEZ DE LIAÑO entiende que, «quizás sea una premisa suficiente para construir sobre ella el sistema institucional», en «El proceso civil», I, Oviedo 1990, p. 335.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tucional las mismas cuestiones que la Ley permita que se sometan a arbitraje. Por último, para ser árbitro, además de los requisitos generales del art. 12, habrá de tenerse en cuenta la exigencia del art. 14, que impide el nombramiento de quienes hubieren incumplido el encargo dentro del plazo establecido o su prórroga, o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.

IV. Las instituciones arbitrales

1. *Concepto*

Hemos afirmado antes que la verdadera especialidad de esta clase de arbitraje es la mediación de una **Institución Arbitral**, constituida específicamente para tal finalidad —pensemos, por ejemplo, en la Corte Española de Arbitraje—, o con diversidad de funciones entre las que se incorpora la prestación de estos servicios, como los Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio...etc. Debido a su importancia vamos a dedicarle ahora una mayor atención.

De acuerdo a nuestra Ley, una Institución Arbitral es una **entidad de carácter corporativo o asociativo sin ánimo de lucro, con un régimen jurídico propio establecido en su normativa interna que prevé funciones arbitrales, y que es protocolizado notarialmente. Su intervención, que en ningún caso es decisoria, es producto de la voluntad manifestada por las partes que le encomiendan la organización y administración del arbitraje que debe realizarse con sujeción a la ley, y a sus propios estatutos y reglamentos.**

Una primera clasificación puede realizarse a partir de la misma ley, pues distingue entre Instituciones de tipo Corporativo, de Derecho Público, y Asociaciones de índole privado, para las que es decisiva la ausencia de ánimo de lucro, eliminando, por tanto, la fórmula de las sociedades anónimas.

Respecto a las primeras, la práctica ha demostrado que no son directamente las Corporaciones las encargadas de organizar y administrar arbitrajes, sino que en su seno se constituyen centros de arbitraje, como la Corte Española de Arbitraje, creada por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, o el Tribunal Arbitral de Barcelona, promovido por los Colegios de Abogados y de Notarios de Cataluña y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona.

2. *Régimen jurídico. Estatutos y reglamentos arbitrales*

Las Instituciones Arbitrales deben quedar sometidas a un régimen jurídico propio que establezca su organización interna y su funcionamiento. En este sentido, la ley al hablar de las Corporaciones de Derecho Público alude a **«sus normas reguladoras»** (art. 10.1.a), y al referirse a las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro menciona **»sus estatutos»**. En cualquier caso, para ambas modalidades prevé la existencia de **reglamentos arbitrales**.

Es conveniente que toda Institución Arbitral disponga de una doble normativa: una **orgánica** que establezca su estructura interna, los órganos de que se compone, el sistema de adopción de acuerdos, las funciones que tiene encomendadas... etc.[32]; y otra **funcional**, dirigida fundamentalmente al establecimiento del procedimiento a seguir en el desempeño de las funciones atribuidas[33].

3. *La actividad de las instituciones arbitrales*

Hemos visto que el art. 10 de la L.A. establece la posibilidad de las partes de encomendar la **administración del arbitraje** y la **designación**

32. Por lo que respecta a la **estructura orgánica**, no existe un modelo único de organización interna al que deban ajustarse las Instituciones Arbitrales. Serán, en cada caso, sus estatutos los que lo establezcan, de la manera más adecuada para el correcto desarrollo de las funciones que tengan encomendadas.

No obstante, conviene que se prevea la existencia de una **Asamblea General** (con esta u otra denominación), constituida por la totalidad de los miembros de la Institución que tendrá atribuida la elaboración del Reglamento Arbitral, la aprobación de sus modificaciones, el nombramiento y cese de los miembros de la entidad y sus órganos colegiados, el establecimiento de unas tarifas generales —relativas a los honorarios de los árbitros y a los gastos de administración del arbitraje—, aprobación de la Memoria y cuentas anuales... etc. Una **Junta Directiva o de Gobierno**, a quien le corresponderá, entre otras funciones, la aceptación o rechazo de los arbitrajes propuestos, la designación de árbitros, así como la concreta organización y control del arbitraje encomendado. Un **Presidente** (su voto será de calidad en la adopción de acuerdos), y un **Secretario**. Este último será el órgano administrativo encargado de documentar las sesiones que se celebren, de recibir todos los escritos dirigidos a la Institución y practicar todas las notificaciones y comunicaciones que se requieran con las partes y con los árbitros.

33. A ambas estructuras (orgánica y funcional) parecen responder lo párrafos 1 y 2 del art. 10 de la L.A. «En el primero se hace referencia a la estructura orgánica, distinguiendo las Corporaciones de Derecho Público cuya organización se establecerá en la disposición normativa que las crea, y las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, que requerirán la elaboración de unos estatutos; en el segundo se hace referencia al aspecto funcional, que será establecido, en ambos casos, a través del correspondiente reglamento arbitral», Roca Martínez, «Arbitraje e instituciones arbitrales», op. cit., p. 210.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de los árbitros a Corporaciones y Asociaciones. Por su parte, la Exposición de Motivos habla de diferir a un tercero la **organización del sistema arbitral**. Precisamente a estas funciones genéricas, **administrar y organizar o integrar el arbitraje, y designar a los árbitros** vamos a referirnos a continuación. Sin olvidar la función previa de **determinación por parte de la Institución de su propia competencia** y la posterior de **control sobre el arbitraje desarrollado.**

3.1. Determinación de su propia competencia

La primera actividad que debe llevar a cabo la Institución Arbitral es determinar su propia competencia institucional[34]. Tal actividad se concreta en comprobar que le ha sido encomendada por las partes la administración de un determinado arbitraje mediante un Convenio arbitral o en acuerdos complementarios. En cualquier caso, se requiere que la voluntad se manifieste de forma expresa y por escrito[35]. Por otro lado, nada impide que también mediante Convenio de las partes se deje sin efecto el anterior sometimiento a una Institución Arbitral, cesando de tal forma su competencia.

En un segundo momento la Institución comprobará la «arbitrabilidad»[36] de las cuestiones litigiosas que se someten a decisión. Para ello

34. En el arbitraje institucional el examen de la competencia tiene dos cribas sucesivas. «La del Ente que ha de gestionarlo y luego, si éste acepta, la del árbitro a quien, por supuesto, no le vincula la decisión previa de la Corporación o Asociación que le designó», CAMPO VILLEGAS, comentando una decisión del Tribunal Arbitral de Barcelona sobre su propia competencia, (octubre de 1990), publicada en el Boletín n.º 1 del T.A.B., pp. 39.

El autor también plantea la disyuntiva de si la resolución arbitral estimatoria de la propia incompetencia puede dictarse «in limine litis», sin entrar a tramitar el procedimiento, o bien debe hacerse al final del mismo, en el laudo, como un artículo de previo pronunciamiento que obste entrar en el fondo del asunto. «Aquella incompetencia podrá ser el motivo de no aceptación del árbitro si se percata de la misma al serle deferido el encargo. Pero en ocasiones el vicio del convenio arbitral o la indisponibilidad del objeto debatido no le aparecerán al árbitro hasta que, iniciado el procedimiento, le sean presentados los escritos básicos. En esta situación, a nuestro entender los árbitros deben tramitar el procedimiento hasta el final y dictar el laudo, pues a todo ello se obligaron con su aceptación».

35. Art. 6.2: «Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje».

36. Según la vigente Ley de Arbitraje la arbitrabilidad de un conflicto intersubjetivo depende de ciertos aspectos. En primer lugar, que el objeto del arbitraje esté englobado en el convenio arbitral, es decir, que las pretensiones de las partes se ajusten a lo

analizará si la materia es susceptible de arbitraje, es decir, de libre disposición conforme a derecho, y si las partes pueden llevar a cabo tal sumisión. Asimismo, deberá comprobar que todos los interesados hayan manifestado su voluntad de sometimiento, y que todos son parte en el procedimiento. Esto último es relevante en los denominados arbitrajes «multipartes», pensemos en aquellos supuestos en los que el Convenio arbitral vincula a personas que no son parte en la relación jurídica de que trae causa, por ejemplo, un contrato en favor de terceros.

Concluyendo, la Institución arbitral comprobará que las partes solicitan su intervención, que entre las mismas existe un Convenio válido, y que todos los interesados han manifestado su voluntad de sometimiento.

3.2. Organización del sistema arbitral

Determinada su propia competencia la Institución deberá **dotar al arbitraje de la estructura y de las reglas necesarias para que pueda llevarse a efecto**. Esta actividad consiste pues en la **organización o integración del sistema arbitral.**

Existe una absoluta primacía de la voluntad concorde de las partes a la hora de determinar y concretar toda una serie de actividades que van desde la elección del tipo de arbitraje, hasta la designación de los árbitros, pasando por la determinación de los aspectos procedimentales. No obstante, la sumisión de la gestión del arbitraje a una Institución Arbitral supone atribuirle facultades en orden a completar, integrar o suplir aquella voluntad en los aspectos que no hubieran sido previstos[37].

En primer lugar, esta actividad de organización o integración engloba **la determinación de la clase de arbitraje**.

Conforme al art. 4, **los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad**, según su saber y entender, a elección de las partes. Ahora bien, en el caso de que éstas no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una

previsto en éste y que se trate de las partes firmantes; en segundo lugar, que sea una cuestión técnicamente litigiosa; que se trate también de una relación jurídica determinada, aunque en el convenio apareciese como determinable o eventual; y, por último, que verse sobre derechos subjetivos disponibles, de modo que aunque en la regulación normativa de una materia existan normas imperativas, las pretensiones de las partes no versen sobre derechos subjetivos sometidos a normas ius cogens.

37. E incluso sustituirla cuando lo acordado por las partes sea contrario a las disposiciones de la L.A. con carácter imperativo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Corporación o Asociación en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento.

La opción preferente por el arbitraje de derecho se establece, entre otros preceptos, en el art. 3 del Estatuto de funcionamiento de la Corte Española de Arbitraje, o en el 11 del reglamento del Centro Vasco del Arbitraje. En el reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona, a falta de previsión, será éste quien decida en cada supuesto, atendiendo a las circunstancias del caso, si el arbitraje será de derecho o de equidad. Nada se establece en el reglamento del Tribunal Arbitral de Alicante, debiendo, por tanto, aplicarse lo dispuesto en el art. 4.2 de la L.A.

Esta actividad de integración también incluye **la determinación del número de árbitros.** La Ley en su art. 13 indica que el número siempre será impar, evitando así posibles empates. Cuando las partes no determinen el número de árbitros, deberá hacerlo la Institución teniendo en cuenta la complejidad del asunto. Al respecto, el Tribunal Arbitral de Barcelona se reserva el rechazo de aquellos arbitrajes en los que se prevea un número de árbitros superior a tres (art. 1 «in fine» del Reglamento).

La determinación del lugar donde se desarrollará la actuación arbitral tiene escasa importancia. Al respecto, el art. 27 L.A. establece que el Juez de Primera Instancia del lugar donde se celebre el arbitraje será competente para practicar las pruebas que los árbitros no puedan efectuar por si mismos. Por su parte, el art. 43 al concretar el procedimiento que ha de seguirse para dicha solicitud de auxilio, atribuye competencia al Juez de Primera Instancia del lugar donde deba efectuarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria. Puesto que ambos lugares pueden no coincidir, la solución más lógica para MORENO CATENA pasaría por entender como obligado a prestar auxilio al juez del lugar donde deba realizarse la citación o practicarse la prueba, «evitando así la intervención del juez del lugar en que se desarrolle el procedimiento arbitral, que habría de limitarse a reproducir la solicitud por vía de exhorto» [38].

El lugar de emisión del laudo sí es relevante, ya que nos permite conocer el órgano competente para, la formalización judicial (art. 39), la anulación del laudo (art. 45), la ejecución forzosa (art. 53), y llevar a

38. MORENO CATENA, «Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje», en Estudios de Derecho de Arbitraje, San Sebastián, 1988, pp. 199.

efecto las medidas cautelares (art.50), así como para determinar su nacionalidad (art. 56.2) [39].

Hace un momento nos referíamos **al nombramiento de los árbitros.** Su designación por una Institución Arbitral se efectuará de acuerdo a su reglamento, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto controvertido, proporcionando árbitros especialistas en aras a propiciar la mejor solución al conflicto.

No en vano se ha dicho que **el arbitraje vale lo que valen los árbitros y que su designación es un aspecto ciertamente determinante de su futuro éxito.** De ahí, la importancia del árbitro, en cuya elección peligra el prestigio de la institución administradora [40].

Una de las notas más características del reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona respecto a los de otras Instituciones es **el sistema de designación de árbitros.** Su art. 9 establece que este Tribunal los elegirá con entera libertad de criterio atendiendo preferentemente a la naturaleza de la cuestión planteada y al lugar de celebración del arbitraje. A diferencia de la mayoría de las Instituciones Arbitrales españolas, no dispone de una lista de árbitros. Estos se nombran en función de las circunstancias particulares de cada caso y de la problemática jurídica que entraña determinado tema [41].

Además de los requisitos generales de la ley para el nombramiento de árbitros —art. 12 y concordantes— [42], en los supuestos de arbitraje administrado no podrán ser designados aquéllos que hubieran incumplido su encargo o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales (art. 14). Parece ser que el legislador desconfía de la profesionalidad de la Institución en esta elección, cuando de ello depende su propio prestigio, y además no hay que

39. ALMAGRO NOSETE, «La nueva Ley...», op. cit., pp. 78 y ss. califica de error importante la referencia a la nacionalidad del laudo. (Art. 56.2 «Se entiende por laudo arbitral extranjero el que no haya sido pronunciado en España»).

40. CREMADES, «Análisis comparativo de Tribunales Arbitrales Permanentes», en Estudios sobre Arbitraje, Madrid, 1977, pp.159.

41. No pueden ser elegidos como árbitros quienes compongan el T.A.B. o Junta de Gobierno de la Asociación Catalana de Arbitraje (art. 10 del Reglamento). Asimismo, cuando cualquiera de los miembros del T.A.B. tenga algún interés directo en el litigio sometido a arbitraje, quedará afectado de incompatibilidad para participar en cuantas decisiones afecten a dicha controversia.

42. Sobre este particular vid. RAMOS MÉNDEZ, «Los abogados de las partes no pueden ser árbitros», en Boletín n.º 3 del T.A.B., pp. 93 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

olvidar la acción directa de la que dispone el perjudicado por el incumplimiento del encargo[43].

Encomendar a una institución la designación de los árbitros incluye también, en su caso, el nombramiento de los sustitutos, y, en su caso, del Presidente del Colegio Arbitral. Su importancia se manifiesta a la hora de formar la voluntad de este Colegio. El Presidente tendrá voto de calidad e, incluso, si no se logra el acuerdo mayoritario, dictará el laudo[44].

Finalmente, salvo acuerdo de las partes, la Institución o, en su caso, los árbitros, determinará el idioma o idiomas en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral. No podrán elegir una lengua que ninguna de las partes conozca o que no sea oficial en el lugar en que se desarrollará la actuación arbitral.

3.3. Administración del arbitraje

A continuación expondremos en qué consiste la **Administración del arbitraje, propiamente dicha.** Puede afirmarse que **incluye un conjunto de actividades que tienden a facilitar el arbitraje y a colaborar en su desarrollo.** Se resumirían en las siguientes: **Recibir y tramitar escritos y documentos entregados por las partes y los árbitros; Informar y hacer todo tipo de notificaciones a las partes o sus abogados sobre la marcha del arbitraje; Colaborar en aquellas actuaciones que requieran intervención jurisdiccional**, como son la práctica de pruebas que no puedan realizar los árbitros por sí mismos, la solicitud de formalización judicial, la anulación del laudo... etc.; **Y prestar ayuda en la protocolización del laudo.**

Además de las actuaciones ya mencionadas las Instituciones Arbitrales realizarán otras **de contenido económico** como es **exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje**[45, 46].

43. En este sentido, ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje e instituciones...», op. cit., p. 217.

44. En este sentido ROCA MARTÍNEZ, u.o.cit. pp. 218, señala el absurdo de que en un «Colegio formado por cinco árbitros, dos propugnasen una solución, otros dos otra distinta y el Presidente impusiera la suya, en franca minoría respecto a los otros árbitros».

45. ...«salvo pacto en contrario», (art. 16.2 L.A.). Es totalmente lógico que las Instituciones puedan exigir la previsión de fondos para atender los gastos que origina su actuación. Por ello, la extralimitación de la autonomía de la voluntad que plantea el inciso entrecomillado no tiene razón de ser, ya que un pacto en este sentido haría que prácticamente ninguna Institución aceptase el encargo.

En el arbitraje administrado —como ya manifestamos— existe la práctica de elaborar unas tarifas que contemplan los gastos ocasionados por la actuación de la Institución, y los honorarios de los árbitros. Se facilita de este modo la determinación de su coste y el cálculo de la cantidad que, en concepto de provisión de fondos, resulta aconsejable solicitar a las partes. Además, no hay obstáculo para que el solicitante del arbitraje pida un presupuesto a la entidad antes de iniciar el procedimiento[47].

La provisión de fondos, que se distribuirá entre las partes de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento de cada Institución, será condición necesaria para el comienzo del procedimiento arbitral. No obstante, y a igual que sucede con cualquier otro pago (por ejemplo, de la realización de una prueba), si no es satisfecha por la parte a quien corresponde podrá serlo por la otra, reconociéndose su derecho al reintegro de esta cantidad, que podrá constar, en su caso, en el laudo. En estos términos se expresa concretamente el art. 11 del reglamento del T.A.B.

Sin duda esta solución no está exenta de abusos, pues puede predisponer a la parte pasiva, es decir, a la que no inicia el arbitraje, a no pa-

46. La Ley de Arbitraje parte de la hipótesis general de que la actuación arbitral genera unos gastos. Ahora bien, ello no impide que la justicia arbitral sea gratuita, bien por mandato de la ley o por la voluntad del árbitro o de la Institución Arbitral. Lo que no existe es el derecho a la justicia arbitral gratuita en los términos del beneficio de pobreza.

En España son gratuitos los arbitrajes de consumo, previstos en la Ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios regulada por el Real Decreto 636/1993, excepto las pruebas que se efectúen a instancia de las partes; los de las Juntas Arbitrales de Transporte (Ley de ordenación del Transporte Terrestre 16/1987, desarrollada por RD 1211/90), con exclusión del importe de las pruebas y el pago de las costas que se regirán según la Ley de Arbitraje; y los arbitrajes efectuados por la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, previstos en la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Asimismo, en estos tres procedimientos arbitrales no es necesaria la protocolización del laudo.

Sin embargo, la gratuidad en los arbitrajes ordinarios será excepcional según los árbitros e Instituciones renuncien a todo o parte de sus honorarios y tarifas. Por otra parte, es frecuente el arbitraje gratuito en aquellos casos en que tanto el árbitro como las partes pertenezcan a una misma profesión.

En los arbitrajes de equidad que realiza el Consulado de Mar de la Cámara de Comercio de Barcelona para dirimir las contiendas entre empresarios adheridos al Mercado de Cereales de Barcelona, las tarifas son mínimas y los árbitros comerciantes no perciben honorarios. Tampoco existen gastos de administración que son asumidos por la Cámara de Comercio.

47. Ello no implica que si la cuantía incrementa la Institución varíe adecuadamente la tarifa. (rebus sic stantibus).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gar con la finalidad de frustrarlo, o a reconvenir en una suma excesiva para conseguir esta misma finalidad. Huelga decir que cualquier intento de impago golpea, si se permite la expresión, «el pacto entre caballeros» que se han sometido voluntariamente a una solución arbitral.

A pesar de la claridad de aquel precepto, la voluntad del T.A.B. de no frustrar el arbitraje le lleva, en ocasiones, al extremo de aceptarlo cuando una de las partes demuestre que no está en condiciones de hacer frente a las obligaciones de la otra. Ello comporta reducir los honorarios de los árbitros y los de la Institución, a reserva de su cobro posterior una vez dictado el laudo.

En los casos especiales de arbitrajes sin cuantía, por ejemplo cuando la reclamación esté en función de la prueba a realizar (daños y perjuicios...), a efectos de establecer la citada provisión, se estará a la que determine la propia Institución. Por su parte, el T.A.B. aplica la tarifa mínima.

Naturalmente, no hay óbice para que el laudo rectifique tanto la diferencia de la cantidad generada ante un cambio de circunstancias (rebus sic stantibus), como aquellas situaciones irregulares provocadas por reclamaciones inferiores a las reales en el intento de ahorrarse parte de la provisión debida.

Por lo que se refiere a la fijación de la remuneración del árbitro, la Institución la determina normalmente en función de la cuantía de la reclamación, complejidad del asunto, y tiempo a emplear entre otros criterios similares, dentro de los límites de la tarifa satisfecha por las partes.

Finalmente, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las **costas del arbitraje**[48]. En este sentido, **la Institución Arbitral puede desempeñar una función mediadora recibiendo de las partes las cantidades debidas y dándoles el destino que el laudo especifique.**

3.4. Control del Arbitraje

Como hemos puesto ya de manifiesto una de las misiones fundamentales[49] de las Instituciones Arbitrales es **controlar el correcto desarrollo del arbitraje**. En este sentido, podrán controlar el cumplimiento

48. Las costas del arbitraje incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, los que origine la protocolización notarial del laudo y su aclaración, los derivados de notificaciones, los que genere la práctica de las pruebas y, en su caso, el coste del servicio prestado por la corporación o asociación que tenga encomendada la administración del arbitraje, (Art. 35.1. L.A.).

49. Aunque no aparece recogida en la ley.

de las formalidades procedimentales establecidas por las partes o por sus propios estatutos. Y, en todo caso, el respeto de los principios de contradicción e igualdad; asimismo, vigilar el cumplimiento y la ejecución de los laudos, haciendo las sugerencias que estimen oportunas en orden a su estilo y a evitar posibles nulidades, sin menoscabar por ello la independencia de los árbitros en su función decisoria; y, por último, supervisar los honorarios de los árbitros y las provisiones de fondo solicitadas por ellos.

La relevancia de esta misión se explica por la carencia de un mecanismo para impugnar los honorarios por considerarlos excesivos. Ante esta situación podrían buscarse dos soluciones: acudir al procedimiento recogido en el art. 427 L.E.C. para impugnar los honorarios de los Letrados, o al procedimiento ordinario en razón de la cuantía. La primera cuenta con el inconveniente de la ausencia de una remisión expresa de la Ley de Arbitraje a la L.E.C.; la segunda con el aumento de los gastos y de la duración del procedimiento arbitral. Una solución razonable, de la que también se muestra partidario ROCA MARTÍNEZ[50], podría en consistir en recoger entre los motivos de nulidad del laudo que los honorarios fuesen manifiestamente excesivos, limitándose el órgano que conoce del recurso a anular lo concerniente a estos honorarios fijando de nuevo el montante[51].

Asimismo, conviene destacar la importancia práctica que adquieren las normas orientadoras de honorarios profesionales que dictan los diferentes Colegios de Abogados, que pueden ser tenidas en cuenta como criterio de fijación.

3.5. Otras actividades

Finalmente, las Instituciones Arbitrales conforme a sus estatutos y reglamentos podrán realizar otro tipo de funciones tales como emitir dictámenes o adoptar acuerdos sobre problemas que suscita la práctica del arbitraje[52]. Además, podrán entablar relaciones con otros organismos especializados en la administración del arbitraje, así como celebrar conve-

50. ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje e Instituciones Arbitrales», op. cit., p. 221.

51. Previsión que se establece en los arts. 36 y 40.2 del Concordato sobre Arbitraje Suizo.

52. El Tribunal Arbitral de Barcelona publica unos Boletines con los fundamentos jurídicos de los acuerdos más importantes y novedosos, dando cumplimiento a uno de los objetivos de la Institución: la difusión de la cultura arbitral. Sin olvidar la labor de recopilación de las resoluciones de la Audiencia Provincial sobre los recursos de nulidad contra laudos dictados por árbitros designados por el T.A.B.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nios de colaboración para el fomento de la cultura arbitral[53]. Y, por último, asesorar y, en su caso, poner a disposición los medios necesarios para la solicitud de ejecución de laudos extranjeros en España.

Por lo que se refiere a los requisitos formales de los acuerdos mencionados, la Ley de Arbitraje no contempla la forma escrita para las decisiones de la Institución que administra el arbitraje. El Reglamento del T.A.B. tampoco lo regula, no obstante, los adopta **mediante escrito**[54] motivado, y por decisión mayoritaria de sus miembros en cumplimiento del art. 35.2 de los Estatutos de la Asociación Catalana para el Arbitraje, notificándolo posteriormente a ambas partes[55].

En todo caso, el acuerdo por el que se rechace la administración del arbitraje debería ser siempre motivado en la medida en que se estaría denegando el acceso a la Justicia en los términos acordados por las partes. Basta recordar que en el supuesto de que la corporación o asociación no acepten el encargo y las partes no lleguen a un acuerdo, no procederá la formalización judicial y quedará expedita la vía a los Tribunales de Justicia[56].

4. *Responsabilidad en el desempeño de sus funciones*

Ya hemos advertido que una de las principales ventajas que proporciona a las partes el arbitraje institucional es el **especial régimen de responsabilidades** que recoge el art. 16 de la L.A.:

«La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».

53. En esta línea, conviene recordar que el T.A.B. ha sido una de las Instituciones Arbitrales nacionales pioneras y que su reglamento ha servido de modelo a otras entidades, a cuya creación ha contribuido siempre que se ha recabado su ayuda o colaboración.

54. El art. 17 del Reglamento sí dispone que las comunicaciones entre el Tribunal Arbitral de Barcelona y las partes se efectuarán mediante entrega directa en la Secretaría del Tribunal o por medio de remesa con acuse de recibo.

55. De conformidad con los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes. El respeto a estos principios que la ley predica para el procedimiento arbitral debería hacerse extensible también al expediente introductorio, puesto que la decisión de la Institución mediatiza el arbitraje hasta el punto de que éste tan sólo prosperará si el encargo de administración es aceptado por la Institución. En este sentido se pronuncia MUNNE CATARINA, «La aceptación del arbitraje por parte del T.A.B.», op. cit., p. 48, nota a pie de pág. n.º 25.

56. Art. 38 de la L.A.

En relación a estas responsabilidades en que pueden incurrir las Instituciones Arbitrales puede distinguirse, en primer lugar, entre **las derivadas de la falta de aceptación del encargo propuesto y las que se deducen del incumplimiento del mismo.**

Respecto al primer supuesto se plantea MONTERO AROCA, si la entidad está o no obligada a aceptar el encargo o si, por el contrario, puede rechazarlo con carácter discrecional. En su opinión, la oferta que realiza la Institución, o, lo que es lo mismo, su salida a la vida pública al ofrecer sus servicios, es vinculante. En este sentido, las corporaciones o asociaciones pueden introducir al redactar sus reglamentos todas las causas de no aceptación que estimen razonables, pero no la reserva discrecional de inadmisión, pues de lo contrario no existiría seguridad jurídica[57].

Incurriría, por ejemplo, en responsabilidad[58] si rechazara arbitrariamente un arbitraje que cumpliera con los requisitos establecidos en el reglamento arbitral, y esta negativa originara unos daños y perjuicios a la parte solicitante.

En el terreno práctico no parece aconsejable que los reglamentos acojan amplias causas restrictivas del acceso a los servicios de la Institución, puesto que iría en contra de sus propios intereses al provocar el recelo de los particulares que no encomendarían la administración de sus arbitrajes en tales condiciones. Basta, tan sólo, recordar de nuevo que la

57. MONTERO AROCA, «Comentario breve a la Ley de Arbitraje», Madrid, 1990, pp. 95; en contra ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje..», op. cit., p. 225, para quien «al determinar las causas por las que la institución pueda rechazar la administración de un concreto arbitraje, no existe ningún tipo de limitaciones, por el contrario, podrá ésta reservarse el derecho de aceptar o rechazar discrecionalmente los encargos que se le presenten». Y sigue el autor, «en mi opinión, la Institución arbitral debe actuar según lo establecido en su normativa interna (estatutos y reglamento), por lo que la oferta de sus servicios vincula únicamente dentro de los límites que allí se establezcan». No obstante, realiza una matización respecto a las Corporaciones de Derecho Público, ya que podría pensarse que inscritas en este ámbito cumplen fines de interés social y el acceso a ellas no debiera restringirse discrecionalmente. Sin olvidar el problema de la determinación de lo que ha de entenderse por «causas razonables de no aceptación».

58. Podríamos hablar de responsabilidad extracontractual, si entendemos que no se ha perfeccionado el contrato por el que se encarga la administración del arbitraje puesto que todavía no ha habido aceptación; o responsabilidad contractual, si estimamos que la Institución realiza una oferta pública y esta ha sido asumida por las partes en el convenio arbitral, y al instar, luego, el arbitraje en los términos señalados en dicho convenio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no aceptación del encargo por la Institución Arbitral[59] deja abierta la vía judicial, sin que proceda la formalización del arbitraje[60].

Por lo que se refiere al segundo de los supuestos, esto es, **el generado por el incumplimiento, la Institución queda obligada a partir del momento de la aceptación del encargo.** En este sentido, conviene realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, su presupuesto es la aceptación. Es a partir de entonces cuando puede surgir la obligación de responder por el incumplimiento, dando lugar a la reparación de los daños y perjuicios causados por dolo o culpa. Ello significa que es necesario probar la existencia de tales daños y perjuicios, la actuación dolosa o culposa, y la relación causal entre ambas cuestiones.

En segundo lugar, la extensión de la responsabilidad será distinta en atención a las funciones encomendadas y asumidas por la Institución[61]. Finalmente, la ausencia de un procedimiento específico en la Ley para exigir esta responsabilidad no impide que los reglamentos arbitrales establezcan mecanismos ágiles para su resolución. En todo caso, a falta de estos mecanismos el cauce será el proceso ordinario que corresponda por la cuantía.

Por tanto, la responsabilidad de la Institución Arbitral deriva, —salvo que se deduzca de la falta de aceptación del encargo propuesto—, en mayor medida, de su aceptación, por quedar desde entonces obligada a su cumplimiento, y, pueden diferenciarse, a su vez, dos tipos.

Por una parte, la corporación o asociación responderá por los daños y perjuicios que directamente ocasione con su actuación dolosa o culposa, puesto que su actividad influye indudablemente en la eficacia de todo arbitraje administrado. No puede olvidarse, sin embargo, que la otra cara de la asunción de responsabilidades por parte de la entidad es que acrecienta el prestigio de la misma.

Por otra, responde por los daños y perjuicios que causaren los árbitros por dolo o culpa[62], aunque en este caso disponen de acción de resarcimiento contra ellos.[63]

Así, la responsabilidad de las Instituciones Arbitrales no se limita al cumplimiento del encargo que aceptan, sino que responden **también y directamente por los daños y perjuicios que ocasionen los árbitros con su actuación dolosa o culposa, sin perjuicio de la acción de reintegro que tengan contra éstos**[64].

Cuando la Institución nombra a los árbitros es lógico que responda de su actuación, puesto que la relación de confianza sobre la que descansa el arbitraje ha sido trasladada —por voluntad de las partes— de los árbitros a la Institución. En definitiva, responde de una actividad propia porque la designación debe hacerse con las máximas garantías.

El problema se plantea porque la ley al establecer el régimen de responsabilidad no diferencia si los árbitros son designados por la Institución o por las partes. Cuando la elección se hace sin intervención de la entidad, el fundamento de la responsabilidad ya no está en la relación de confianza y profesionalidad depositada en la Institución, tampoco deriva de su actuación que puede ser todo lo diligente posible; sino de que la Ley al no distinguir permite este supuesto de responsabilidad por hechos ajenos con derecho de repetición por parte de la entidad arbitral[65].

59. Una relación completa de las causas o motivos de inadmisión del encargo arbitral por parte de las distintas Instituciones Arbitrales Españolas puede verse en «La aceptación del arbitraje por parte del T.A.B.», MUNNE CATARINA, o. cit, pp. 51 y ss.

Al respecto el T.A.B. se reserva la posibilidad de rechazar los arbitrajes que prevean un número de árbitros superior a tres, art. 1 «in fine» de su Reglamento.

60. Salvo nuevo convenio entre las partes.

61. Puede afirmarse que la responsabilidad de las Instituciones Arbitrales depende del alcance del encargo que han recibido. Al respecto CREMADES distingue, entre «la mera culpa «in eligendo» en que puede incurrir la entidad designadora y la culpa «in vigilando» de una institución verdaderamente tutelar del procedimiento», «El arbitraje en el siglo XIX», La Ley, 1990, n.º 4, p. 1189.

62. Podría ser causa de responsabilidad del árbitro por el mal ejercicio de las funciones encomendadas la incongruencia omisiva o de «fallo corto», la que se produce al no resolver sobre puntos sometidos a la decisión, ya que esta sola causa nunca originará la nulidad del laudo. En este sentido ALMAGRO NOSETE, «Jurisdicción y arbitraje», Boletín del T.A.B., n.º 2, Jornada sobre la ejecución del laudo arbitral, p. 58.

63. El cauce procedimental para exigir esta responsabilidad no se establece, por lo que habrá que acudir al procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

64. La doctrina se muestra dividida en este punto. Mientras LLEDO YAGÜE opina que el art. 16 establece claramente una responsabilidad contractual derivada del contrato de arbitraje que conduce a configurar una suerte de responsabilidad solidaria («Comentarios...», Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o. cit,. pp. 269 y ss.); CHILLON MEDINA y MERINO MERCHAN acuden a la figura de la responsabilidad objetiva extracontractual («Tratado...», op. cit., pp. 301 y ss.).

Por su parte ALMAGRO NOSETE, en una conferencia pronunciada recientemente en el Tribunal Arbitral de Barcelona, «La responsabilidad de los árbitros», el 16 de Noviembre de 1996, calificó esta responsabilidad como solidaria, «...hay una acumulación de garantías, la institución viene a representar algo así como una especie de aval legal de lo que hacen los árbitros y, en este sentido, habría una responsabilidad solidaria; una obligación solidaría que, por otra parte, está clarísima en el tenor de la ley cuando da acción directa para ir contra la institución arbitral y reclamarle algo en lo que puede que no haya tenido ni arte ni parte..... Simplemente por el hecho de que los árbitros incurran en responsabilidad, ya la institución objetivamente está obligada a responder de esos daños y perjuicios con una acción directa conferida a las partes».

65. Al respecto MONTERO AROCA, entiende que en tal supuesto no debería responder la Institución, «Comentario breve...», op. cit., p. 98.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5. *Desarrollo de la intervencion del Tribunal Arbitral de Barcelona*

En este último apartado intentaremos analizar brevemente el «modus operandi» del Tribunal Arbitral de Barcelona con el propósito de ejemplificar el procedimiento o desarrollo de la actividad de una Institución Arbitral.

El T.A.B. ante la presentación de la **solicitud de arbitraje o escrito introductorio** designa un Ponente responsable de entre sus cinco miembros por orden rotatorio[66]. Su función esencial consistirá en informar a cerca de la admisibilidad del arbitraje al resto de los miembros del Tribunal.

Para cumplir esta misión, a la vista del escrito introductorio o instancia arbitral y de los documentos aportados por la parte solicitante, analiza si la materia es susceptible de arbitraje y si existe convenio arbitral válido y vigente entre las partes. Realizado este control «prima facie» sobre la arbitrabilidad de la materia y la legitimación de la parte instante, dará traslado a la otra parte para que se manifieste por escrito sobre los mismos extremos[67].

A partir de este momento se entiende concluido el **trámite introductorio**, y es entonces cuando el Tribunal se manifiesta —expresa o tácitamente— sobre la aceptación del encargo arbitral. (art. 7 del Reglamento).

Si las partes se aquietan respecto a esta competencia institucional, cualquier comunicación que este Tribunal efectúe, después de la contestación de la parte demandada, tendente a la prosecución del arbitraje, deberá entenderse como una aceptación tácita del encargo arbitral.

Como consecuencia de esta aceptación, y a falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral deberá **organizar o integrar el arbitraje dotándole de las normas y estructura necesarias para que pueda desarrollarse**. Dicho con otras palabras, decidirá en atención a las circunstancias, si el arbitraje es de derecho o de equidad, lugar de celebración del mismo y emisión del laudo, idioma, número y, por último, nombra-

66. El T.A.B. se compone de un número de 5 miembros elegidos por la Asociación Catalana para el Arbitraje con un mandato de 4 años. Actualmente los miembros son: Antonio de P. Escura Viñuela, Presidente. Elías Campo Villegas, Vicepresidente. J. Jordi Bergós Tejer, Secretario. Juan Carlos Maresca Cabot, Vocal. Jose M.ª Calpe Ibarz, Vocal.

67. El criterio seguido por el T.A.B. es dar oportunidad a la parte instada para que se oponga al arbitraje o subsane el defecto existente, siempre que éste no sea insubsanable.

miento de los árbitros[68] y, en su caso, del Presidente del Colegio arbitral. (art. 8 Reglamento T.A.B.).

Posteriormente se convoca a las partes para que asistan al **Acto de Inicio**, en el que se fija el calendario de actuaciones y el resto de normas procesales «ad hoc», de conformidad con el art. 21.2 L.A., es decir, salvaguardando los principios esenciales de contradicción e igualdad[69].

En atención a las principales circunstancias del caso, el T.A.B. puede acordar el trámite abreviado previsto por el apartado a) del art. 12 de su reglamento, de modo que sin celebrarse dicho Acto de Inicio se comunica a las partes la aceptación del árbitro, y se las instruye para que conecten directamente con él al objeto de impulsar y determinar el procedimiento arbitral. Suele ser utilizado cuando las partes o sus representantes residen fuera de la sede del Tribunal, siempre que no exista un defecto procesal subsanable que debiera corregirse precisamente en el Acto de Inicio.

Realizadas estas actuaciones el **expediente queda en manos del árbitro, iniciándose el procedimiento arbitral propiamente dicho**. El Tribunal se limitará entonces a dar el soporte técnico y material que las partes y los árbitros precisen, sobretodo en los requerimientos y citaciones de terceras personas, comunicaciones entre las partes, y expedición de certificados... Asimismo, efectuará un seguimiento del procedimiento arbitral que concluye con la verificación de los aspectos formales del laudo previa a su protocolización.

Terminado el procedimiento y realizada esta protocolización, el expediente original queda depositado en el T.A.B. (art. 22 de su Reglamento), al que deberá dirigirse la Audiencia Provincial que resolverá, en

68. El T.A.B. no dispone de listas cerradas de árbitros, cualquier persona física, especialista en la materia litigiosa, puede ser nombrado árbitro, con una sola limitación al margen de las que establece la ley; de acuerdo con el art. 10 de su reglamento no podrán serlo quienes compongan el T.A.B. o la Junta de Gobierno de la Asociación Catalana para el Arbitraje.

69. CAMPO VILLEGAS destaca, comentando un acuerdo del T.A.B. sobre su propia competencia, en Boletín n.º1 del T.A.B., p. 38, la importancia de esta etapa preliminar para lograr precisamente que el arbitraje quede correctamente establecido. «El Reglamento del T.A.B., consciente de la trascendencia de esta fase preliminar, la destaca y regula con meticulosidad (arts. 11 al 15). Su cautela radica en haber estructurado una comparecencia preliminar con asistencia del árbitro designado y ambas partes litigantes, previamente citadas para ello. Pero es que además, y con anterioridad a la comparecencia descrita, ha existido otra intercomunicación entre las partes y el Tribunal Arbitral de Barcelona con doble objeto: la aceptación de gestionar el arbitraje institucional y el nombramiento del árbitro. Cuyo trámite preliminar regula con especial atención el Reglamento del T.A.B., en sus arts. 2 al 8.».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su caso, el recurso de anulación del laudo, requiriendo la aportación de las actuaciones arbitrales.

Según los Informes y Estadísticas realizados por el T.A.B. puede afirmarse sin temor a error que el 80% de las Sociedades Mercantiles constituidas en esta ciudad incorporan en sus Estatutos la Cláusula arbitral. Cláusula que se incluye también en innumerables contratos.

Los temas que mayoritariamente se presentan a arbitraje son cuestiones societarias, contratos de construcción, y arrendamiento de servicios... Las cuantías de los expedientes administrados por el T.A.B. oscilan entre las 100.000 y los 1.000 millones de pesetas, cantidad máxima, en un expediente presentado en 1993. Es de destacar asimismo el elevado grado de cumplimiento voluntario del laudo. La duración del arbitraje salvo casos excepcionales nunca es superior a 6 meses. El dato de que la nulidad de los laudos impugnados no prospere, salvo algún supuesto excepcional, es índice de la voluntad dilatoria de quienes a pesar de manifestar su deseo de acudir al arbitraje se resisten a cumplir la decisión obtenida por este método, y, como no, de la profesionalidad del T.A.B. en orden al correcto control que realiza sobre el arbitraje administrado.

No quisiéramos terminar sin mencionar la posición adoptada por el T.A.B. en torno a un tema polémico —tanto desde un punto de vista doctrinal como práctico—: **la posibilidad de adopción de medidas cautelares durante la administración del arbitraje.**

En este sentido, se muestra absolutamente partidario, colaborando con las partes al expedir certificaciones sobre la pendencia del procedimiento arbitral de forma que la parte interesada pueda solicitar al órgano judicial, único facultado para su concesión, la adopción de tales medidas.

Por más que el arbitraje sea considerado un método de solución de conflictos más ágil y rápido que el proceso, la inevitable duración del procedimiento arbitral hasta la obtención de un laudo que sea ejecutivo y la impugnaciones que pueden demorar también esta ejecutividad, constituyen la oportunidad de que las partes adopten conductas que impidan o dificulten la efectividad del laudo cuando se proceda a su ejecución. Por este motivo las medidas cautelares resultan también convenientes y hasta necesarias con relación al procedimiento arbitral.

La Ley de Arbitraje sólo contempla expresamente esta materia en su artículo 50, que ciñe la posibilidad a obtener medidas cautelares al periodo de demora que deriva de la interposición del recurso de anulación contra el laudo por el efecto suspensivo que tiene sobre la ejecución de éste. La posición doctrinal sobre la ausencia de una regulación permisiva de tales medidas es abiertamente crítica. Estas medidas deben solicitarse

entonces con el inconveniente que representa forzar una adaptación de las normas que existen.

La posibilidad se contempla expresamente en el art. 8.5 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París. Las partes pueden solicitar a cualquier Autoridad Judicial medidas provisionales o conservatorias, sin contravenir por ello al Convenio de arbitraje que las vincula y sin perjuicio del poder reservado al árbitro. Dicha solicitud, así como las medidas adoptadas por la Autoridad Judicial, deben ser notificadas sin dilación a la Secretaría de la Corte de Arbitraje.

Se produce, por tanto, un agravio comparativo con relación a nuestro arbitraje interno.

Las secciones números 16 y 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona sostienen argumentos opuestos a la hora de estimar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento arbitral. El Auto de 25 de noviembre de 1994 de la primera sección es favorable[70], mientras que el de 26 de mayo del mismo año de la sección n.º 15 denegó las medidas solicitadas.

Ahora bien, la cuestión es compleja. Las soluciones que, sin duda, podrían satisfacer el desiderátum doctrinal y práctico chocan con dificultades a la hora de encontrar un argumento normativo[71]. Un obstáculo para una respuesta afirmativa es que, como las normas no contemplan el otorgamiento de la tutela cautelar en función de un procedimiento arbitral —salvo con el alcance previsto en el art. 50—, gran parte del régimen de la actividad procesal habría que determinarlo por analogía, no siempre conducente a resultados seguros. En los supuestos de medidas cautelares que puedan solicitarse antes del proceso principal, la ratificación de la medida se entenderá hecha con la iniciación del procedimiento arbitral. Pero es que esta iniciación no depende, en rigor, de la parte

70. Favorable también a la procedencia de medidas cautelares en función de un arbitraje es el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de mayo de 1991, (Justicia 1991, pp. 915 y ss.). En el mismo sentido, el Auto de 12 de marzo de 1993, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, n.º 17, sección 9.ª; «...y se hace saber al solicitante, en aplicación del art. 1.411 de la mencionada Ley procesal, que el embargo quedará nulo de derecho de no justificar ante este órgano jurisdiccional, en el plazo improrrogable de veinte días, la solicitud de arbitraje ante el Tribunal Arbitral de Barcelona, a que se hace referencia en su escrito inicial».

71. En torno a la problemática de esta cuestión puede consultarse a ORTELLS RAMOS, «La tutela judicial cautelar en el Derecho español», coautora CALDERON CUADRADO, Granada 1996, pp. 179 y ss.

Sobre medidas cautelares y arbitraje Internacional, RAMOS MÉNDEZ, «Arbitraje internacional y medidas cautelares», en «Arbitraje y proceso Internacional», Barcelona 1987, pp. 185-187.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que hubiera solicitado la medida y tiene la carga de su ratificación, sino de la notificación de los árbitros de la aceptación del arbitraje[72].

Por otra parte es un inconveniente lo dispuesto en el art. 11 de la Ley de Arbitraje, porque, a diferencia de otros textos, recordemos el citado precepto del Reglamento de la C.C.I. de París, la ley española no exceptúa la solicitud de medidas cautelares como supuesto en el que, acudiendo ante un órgano Judicial y no discutiendo las partes que se acuda, quede resuelto el Convenio Arbitral. Además si aquél frente a quien se pide la medida opone la excepción de arbitraje, es discutible si el juez puede entrar a resolver sobre la medida solicitada.

Resulta pues imprescindible que el legislador repare en este punto y proporcione una solución que, con las garantías que precisa esta delicada materia, permita —al igual que en el proceso judicial— poder asegurar la efectividad del laudo que vaya a pronunciarse. Un precepto similar al art. 1.428 de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil podría dar luz a esta cuestión.

Por último, también desearía destacar la posición que mantiene el T.A.B. con relación a **la figura del arbitraje en Derecho Administrativo**[73].

En los supuestos en que la Administración, como sujeto público, actúa en sus relaciones con terceros de acuerdo con el derecho privado, renuncia a sus prerrogativas de derecho público. Por tanto, la técnica arbitral será posible en estos supuestos.

Cuando la Administración ejecuta potestades y en el ejercicio de las mismas dicta actos unilaterales dotados de imperio —actos ejecutivos— no puede renunciar a fijar el interés general y, consecuentemente, no puede remitir a un tercero la solución del conflicto que pueda suscitarse sobre la interpretación, o la validez de este acto administrativo unilateral.

72. En este sentido se pronuncia ORTELLS RAMOS, «La tutela judicial cautelar...», op. cit., pp. 180 y 181.

73. Sobre esta cuestión vid., por todos, los artículos del administrativista MARESCA CABOT, **vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona**. «El arbitraje en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común», Boletín n.º 6, T.A.B., 1995, pp. 27 y ss.; «El arbitraje en Derecho Administrativo», Boletín n.º 5 del T.A.B., pp. 58 a 76, («No plantea problema la aplicación del arbitraje a los litigios de Derecho privado en que intervienen los distintos Entes de Derecho público (instrumentales, independientes o apátridas) o privado (sociedades mercantiles) dependientes o de titularidad de las Administraciones Públicas)»; Comentario al acuerdo del Tribunal Arbitral de Barcelona 319/95 de 30 de junio de 1995, Boletín n.º 7 del T.A.B. pp. 111 y ss. **Las sociedades de derecho privado de titularidad pública pueden someter sus controversias a arbitraje.**

Su impugnación deberá resolverla en primera instancia la Administración si hay recurso administrativo y, en segunda, el órgano jurisdiccional. Sin embargo, el recurso a la técnica arbitral tiene un gran campo de actuación en aquellos supuestos en los que la Administración no ha actuado sometida al Derecho Administrativo y ha creado una relación jurídica Administración-administrado que requiere ser interpretada para resolver la controversia que se plantea. Supuestos en que la Administración actúa a través de una técnica contractual, es decir, renunciando al ejercicio de sus prerrogativas para conseguir sus fines mediante instrumentos convencionales[74].

74. En este sentido se manifiesta TORNOS MAS, «El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura Administrativa», Boletín n.º 6 del T.A.B. Barcelona 1995, pp. 22-23: «Por tanto, en este gran campo de la contratación Administrativa, de los módulos convencionales, y pensemos en el desarrollo que pueden tener todas las figuras de actuaciones convencionales administración-ciudadanos a partir de la previsión del art. 88 de la ley del 30/92, es donde creo que podría insertarse con mayor claridad y precisión el recurso a la técnica arbitral. Aquí no nos encontraríamos con las objeciones generales, con las objeciones clásicas al recurso a la técnica arbitral, (la prohibición con carácter general de que la Administración no puede transigir ni remitir a un tercero la resolución de un conflicto en el que está presente un interés general) porque insisto, la Administración no estaría trasladando a un tercero el enjuiciamiento de una prerrogativa suya, porque la prerrogativa ya la ha perdido desde el momento en que se ha establecido un módulo convencional. **Estaría sólo trasladando a un tercero la resolución de un conflicto que evitaría precisamente que ese módulo convencional fuera resuelto, fuera declarado no útil porque el conflicto así lo impusiera».**

En sentido contrario se manifiesta ROCA MARTÍNEZ, «Arbitraje e Instituciones arbitrales», op. cit., p. 123.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA *CAUTIO IUDICATIUM SOLVI* ANTE EL DERECHO COMUNITARIO: SENTENCIA DEL TJCE DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1996, DATA DELECTA AKTIEBOLAG, R. FORSBERG C. MSL DYNAMICS LTD. (ASUNTO C-43/95) [1]

ALBERT FONT

I. PLANTEAMIENTO

1. Las normas de Derecho procesal que se aplican a situaciones con elemento de extranjería interesan al Derecho comunitario en la medida en que sean susceptibles de afectar a los intercambios comunitarios

1. Estando en prensa este trabajo se ha planteado ya otra cuestión prejudicial al TJCE respecto a la *cautio iudicatium solvi* (se trata del as. C-122/96 Saldanha y MTS Securities c. Hiross Holdings AG, en relación con el artículo 6 TCE), y asimismo cabe destacar que respecto al as. C-323/95, D. Ch. Hayes, J. K. Hayes c. Kronenberger GmbH, al que aludimos en la nota 76 haciendo referencia a las Conclusiones Generales, el TJCE ha dictado ya sentencia en fecha 20 de marzo de 1997, en el que mantiene el mismo criterio al denegar la posibilidad de imponer una fianza para responder de las costas en la medida en que sea discriminatoria, y ello a pesar de las dificultades existentes para la ejecución de las decisiones judiciales sobre costas procesales (FJ 23). La novedad de la sentencia se encuentra en que considera a la norma alemana que impone la *cautio iudicatium solvi* no solamente discriminatoria, sino también desproporcionada con el objetivo perseguido (FJ 24). Por consiguiente, continúa vigente la argumentación y propuesta de solución planteados en este artículo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de bienes y servicios. Nos centraremos aquí en un sector concreto de la cuestión: la influencia del Derecho comunitario sobre las normas internas de Derecho procesal civil internacional, más concretamente, sobre las normas procesales relativas al trato del extranjero en el proceso civil. Se trata de aquellas normas procesales que regulan de manera distinta aquella situación en la que el litigante es extranjero —afectando a su posición jurídica como parte en el proceso[2]— en comparación con la de los litigantes nacionales. La incidencia del Derecho comunitario sobre esta cuestión se ha desarrollado por la jurisprudencia del TJCE mediante la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad[3]. En distintas sentencias[4] el TJCE ha tenido que suministrar los elementos interpretativos de este principio fundamental del Derecho comunitario para que los tribunales internos puedan resolver la compatibilidad de diversas normas internas referentes a cuestiones de extranjería procesal[5] con el Derecho comunitario[6]. Este análisis no rompe el principio de territorialidad del Derecho procesal puesto que la incidencia del Derecho comunitario no supone aplicar un Derecho extranjero, ni pone en entredicho la competencia estatal en la materia, pero no hay duda de que resquebraja el esquema tradicional como consecuencia de la dinámica ex-

2. Tal como apuntan J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid 1996, p. 616, se trata de «un trato diferencial del extranjero respecto a los nacionales del foro» en el ámbito procesal.

3. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad es el instrumento de control de las discriminaciones fruto de las normas de un Estado miembro que causan un tratamiento diferente y no justificado a los nacionales de los demás Estados miembros, pero no se aplica a las disparidades resultantes de las divergencias existentes entre los Derechos nacionales, STJCE Wilhelm, de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, Rec. p. 17 y ss.

4. Sentencia de 29 de octubre de 1980, Boussac, as. 22/80, Rec. p. 3427 y ss.; sentencia de 1 de julio de 1993, Hubbard, as. C-20/92, Rec. p. 3790 y ss.; sentencia de 10 de febrero de 1994, Mund & Fester, as. C-398/92, Rec. p. I-474 y ss.; sentencia de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, as. C-312/93, Rec. p. I-4599 y ss. y sentencia de 26 de septiembre de 1996, Data Delecta Aktiebolag, R. Forsberg c. MSL Dynamics Ltd, as. C-43/95 (inédita).

5. Así lo expresan J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid 1996, p. 615, «la evicción de discriminaciones procesales en el ámbito de las libertades comunitarias conlleva un criterio interpretativo e informativo de primer orden».

6. Las sentencias se han dictado al responder a cuestiones prejudiciales planteadas al amparo del artículo 177 TCE, de manera que el TJCE no es competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho nacional (STJCE de 17 de diciembre de 1975, as. 93/75, Rec. p. 2147). En esta medida, es el tribunal interno el que debe valorar la compatibilidad de la norma interna a la luz de los criterios de interpretación del Derecho comunitario ofrecidos por el TJCE.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pansiva de la CE. Se ejecuta, así, un control de legalidad[7] de las normas nacionales, entre ellas las procesales civiles, a los principios y libertades fundamentales del Derecho comunitario.

2. La sentencia que se procederá a comentar responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sueco (*Högsta Domstolen*) respecto a la admisibilidad en Derecho comunitario, en base al artículo 6 TCE, de la institución de la *cautio iudicatium solvi* establecida en el ordenamiento sueco[8].

II. ANTECEDENTES

3. Los hechos surgieron a raíz de la compra, entre abril de 1990 y septiembre de 1991, de equipos informáticos por parte de una sociedad sueca a una sociedad británica. La sociedad sueca no paga en las fechas convenidas y, por este motivo, son demandados solidariamente esta sociedad y un ciudadano sueco, fiador de las deudas, ante el correspondiente tribunal sueco por la sociedad británica, que ejercita una acción por incumplimiento de la obligación de pago. Los demandados, que se oponen a la petición, solicitan al tribunal que imponga al demandante extranjero el depósito de una cuantía como garantía en concepto de *cautio iudicatum solvi*, basándose en el artículo 1.º de la ley sueca 1980:307.

4. Esta disposición permite exigir una caución a los ciudadanos extranjeros no residentes en Suecia, o personas jurídicas extranjeras, que interpongan una demanda ante la jurisdicción sueca contra un ciudadano o una persona jurídica suecos. Esta norma procesal civil internacional no puede ser aplicada en caso de que los demandantes sean personas jurídicas suecas o personas físicas con residencia en Suecia. En cualquier caso, la fianza —que está destinada a garantizar el aseguramiento en el

7. En palabras de B. VILÀ COSTA, «Ordenamiento jurídico comunitario: aplicación», capítulo VI de *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, (dir. V. ABELLÁN, B. VILÀ) Barcelona 1995, p. 167. En un proceso que J. GARCIMARTÍN e I. HEREDIA han calificado de «depuración normativa», vid. «El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la competencia*, 1995, D-23, p. 41.

8. La sentencia ha sido comentada por M. AGUILAR BENÍNEZ DE LUGO, *La Ley. Unión Europea*, 28 de febrero de 1997, n.º 4239, p. 5 y ss. bajo el título «La *cautio iudicatium solvi* y la sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 1996».

pago de las costas procesales a los que sea eventualmente condenado la persona extranjera— deberá ser instada por la parte demandada. Sin embargo, el tribunal rechazó esta petición acogiéndose al artículo 5.º de la mencionada ley, en virtud del cual la imposición de una caución no será posible si así lo estipulan los convenios internacionales en los que es parte Suecia. A juicio del tribunal sueco de 1.ª instancia (*Solna tingsrätt*) no cabía la caución a una sociedad británica puesto que tanto el Reino de Suecia como el Reino Unido son parte del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988[9]. El tribunal de apelación (*Svea Hovrätt*) confirmó la decisión denegando la imposición de la caución sobre la misma base jurídica. Finalmente, el TJCE responde a la siguiente cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sueco (*Högsta Domstolen*): «¿Es contrario al Tratado de Roma —en primer lugar al artículo 6 (antiguo artículo 7)— exigir una fianza a la parte demandante que es una persona jurídica británica, cuando una exigencia análoga no puede requerirse en relación a personas jurídicas suecas?».

III. *Iter* argumental y fallo del TJCE

5. El *iter* argumental seguido para fundamentar la decisión del TJCE se sostiene sobre dos ejes. El Tribunal de Luxemburgo se cuestiona a título preliminar sobre el ámbito de aplicación de esta disposición, y —una vez confirmada su aplicabilidad— se plantea la interpretación y sentido del mencionado precepto (artículo 6.1. TCE).

6. De este modo, el TJCE se pregunta si la norma sueca cae dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. El Tribunal de Luxemburgo recuerda que cualquier norma interna de un Estado miembro estará sujeta al Derecho comunitario en la medida en que sea «susceptible de afectar la actividad económica de los operadores de otros Estados miembros en el mercado del Estado en cuestión»[10]. No cabe, pues, la aplicación de normas internas que tengan por efecto impedir u obstaculizar los intercambios comunitarios de bienes y servicios. No se pone en entredicho, por tanto, la competencia de los Estados a adoptar las normas que estimen pertinentes para regular el proceso, lo que se pone de relieve son los límites a los que están sujetos las normas nacionales[11] —también las procesales— frente al Derecho comunitario, que garantiza la libre circulación de mercancías y de servicios en el mercado común. Los litigios que se pueden suscitar por el ejercicio de estas libertades deben desarrollarse sin que se produzcan situaciones menos ventajosas para los ciudadanos de otros Estados miembros. Más aún, el TJCE afirma que la posibilidad de apelar a la justicia de un Estado miembro por parte de ciudadanos de otros Estados miembros, en las mismas condiciones que los ciudadanos de la jurisdicción interpelada, constituye el corolario de las libertades fundamentales.

Se recuerda, además, que el hecho de que una norma se inscriba en el ámbito del Derecho comunitario basta para la aplicación del artículo 6.1 del Tratado, como principio general de este ordenamiento jurídico, sin que sea necesario vincular esta norma a las disposiciones específicas de los artículos 30, 36, 59 y 66 del mismo cuerpo legal. En la medida en que nos encontramos ante un intercambio intracomunitario puede ser de aplicación el artículo 6 del Tratado.

7. Teniendo en consideración la aplicabilidad del Derecho comunitario y del artículo 6.1 del Tratado, el TJCE interpreta que esta disposición se opone a una norma procesal como la expuesta en aquellas situaciones en las que «la acción es conexa al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario»[12]. Esta interpretación no puede quedar sujeta a la existencia de acuerdos internacionales concluidos por los Estados miembros[13].

9. Este punto será tratado más adelante, centrándonos ahora en la respuesta del TJCE a la cuestión prejudicial planteada. Debe apuntarse, a título meramente informativo, que España también ha ratificado este Convenio, vid. BOE n.º 251, de 20 de octubre de 1994, corrección de errores BOE n.º 8, de 10 de enero de 1995. Hay que advertir que respecto de los nuevos países de la Comunidad Europea —Austria, Finlandia y Suecia— que no han ratificado todavía el Convenio de Bruselas de 1968, aunque haya sido ya firmado el Convenio de adhesión en Bruselas el 29 de noviembre de 1996, continúa vigente el Convenio de Lugano.

10. Vid. fundamento 13.

11. Vid. el fundamento 12, haciendo referencia a la STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich, as. C-6/90 y C-9/90, Rep. p. I-5357.

12. Vid. el fundamento 22.

13. Este argumento ya fue mantenido en 1986 con la sentencia Conegate, de 11 de marzo de 1986, as. 121/85, Rec. p. 1007, en relación con la interpretación del artículo 234 TCE. Asimismo, el TJCE lo esgrime en la sentencia Hubbard —que precisamente, y como veremos, atañe a un caso en el que se examina la compatibilidad de una norma relativa a la *cautio iudicatium solvi* con el Derecho comunitario— de 1 de julio de 1993, as. C-20/92, Rec. p. I-3790.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

IV. Determinación del marco jurídico

8. El TJCE enmarca la resolución de la cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho comunitario, pero cabe plantearse si existían otros ámbitos para la resolución del caso. En este sentido, parece conveniente referirse a la pretendida incidencia que pueda tener el Convenio de Lugano de 1988 en relación con la norma sueca objeto de la cuestión prejudicial. En efecto, la jurisdicción sueca, tanto en 1.ª instancia como en la apelación, había tenido en cuenta este Convenio, aunque advertimos ya que la cuestión prejudicial está correctamente planteada por parte del Tribunal Supremo sueco, al eludir la alusión al Convenio de Lugano. Por ello, el TJCE no trata este tema más que tangencialmente porque la cuestión prejudicial no tiene por objeto la interpretación del Convenio de Lugano de 1988 y se dirige únicamente a conocer la interpretación que debe tener el artículo 6 del Tratado ante una tal disposición de Derecho nacional [14].

9. De este modo, cabe realizar unas precisiones para evitar confusiones respecto de la irrelevancia del papel del TJCE en el ámbito del Convenio de Lugano, así como por lo que se refiere a la regulación que contiene sobre la *cautio iudicatium solvi*.

Debe quedar claro, en primer lugar, que el TJCE no tiene atribuida competencia alguna para interpretar el Convenio de Lugano, a diferencia de lo que ocurre con el Convenio de Bruselas de 1968 [15]. No procede una interpretación uniforme por este órgano puesto que en la interpretación y aplicación del mismo los únicos tribunales competentes son los de las jurisdicciones nacionales de los Estados contratantes [16]. Este Convenio es aplicable entre los países de la CE y los de la AELC, así como entre los países de la AELC entre sí. Sin embargo, no es aplicable entre los países de la CE entre sí, puesto que ya tienen el Convenio de Bruselas como convenio específico que rige la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. Ciertamente, en algunos casos, el Convenio de Bruselas no puede ser aplicado entre algunos países miembros de la CE porque no se han adherido a la última modificación del mismo [17]. En esta situación, rige el Convenio de Lugano, siempre que esté ratificado por los países implicados. Este era el caso entre el Suecia y el Reino Unido, y ello aunque ambos sean miembros de la CE. De manera que si el Alto Tribunal sueco hubiera mantenido la argumentación esgrimida en las instancias inferiores, no hubiera podido plantear ninguna cuestión prejudicial al TJCE respecto al Convenio de Lugano.

Por otra parte, aunque efectivamente el Convenio de Lugano exime de la obligación de depositar una caución para garantizar el pago de las costas procesales, tal como queda establecido en el artículo 45, la disposición es aplicable para los supuestos de ejecución de decisiones judiciales de los Estados contratantes. En el mismo sentido, el Convenio de Bruselas de 1968 tampoco podría haber sido útil para resolver la cuestión. La limitación al ámbito del reconocimiento y ejecución responde a que las sentencias reconocidas en un Estado tienen que ser originarias de otro Estado miembro. Por el contrario, el ámbito de aplicación en relación con la competencia judicial se basa en el domicilio del demandado, de manera que no se quiso eximir la *cautio iudicatium solvi* en prevención de que el demandante tuviera su domicilio en un tercer Estado, en el que no cabría el reconocimiento automático [18].

10. El marco jurídico en el que se ha de mover el TJCE es, enton-

14. La cuestión prejudicial, fundamentada en el artículo 177 TCE, se centra en un aspecto sobre el que sí tiene atribuida competencia el TJCE, cuál es la interpretación de las normas del TCE.

15. Mediante el Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas de 27 de septimbre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Luxemburgo el 3 de junio de 1971 (versión refundida, DOCE C, 28 de julio de 1990).

16. Otra cosa es que conforme al Protocolo n.º 2 sobre la interpretación uniforme del Convenio de Lugano los juzgados y tribunales de la AELC «al interpretar el Convenio de Lugano tengan debidamente en cuenta los principios contenidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de los tribunales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativa a las disposiciones del Convenio de Bruselas sustancialmente reproducidas en el Convenio de Lugano», según declaración de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio.

17. Éste es el caso, por ejemplo, entre España y Bélgica. Así es, en el momento en que se están escribiendo estas líneas, Bélgica no ha ratificado todavía el Convenio de San Sebastián de 1989 que reforma la última modificación del Convenio de Bruselas. Bélgica tampoco ha ratificado el Convenio de Lugano de 1988. En cambio, entre Bélgica y los países que ya se habían adherido al Convenio de Bruselas con anterioridad al Convenio de Sebastián rige el Convenio de Bruselas modificado por el Convenio de Luxemburgo de 25 de octubre de 1982 a causa de la adhesión de Grecia.

18. Vid. G.A.L. Droz, «Nota a la sentencia de 1 de julio de 1993» *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (4), p. 643. Vid. el Informe Jenard, p. 170 (DOCE n.º C 189 de 28 de julio de 1990) dando cuenta de que el «Comité consideró que no se debían hacer excepciones a las reglas del Convenio de 1954 relativas al proceso desarrollado en el Estado de origen».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ces, el Derecho comunitario y ello a pesar de que los hechos se remontan a un momento anterior a la adhesión de Suecia a la CE y, por lo tanto, puede plantearse si el Derecho comunitario es o no aplicable en este caso. El TJCE responde directamente la cuestión sin considerar este tema[19], en la medida en que el Tribunal sueco no aprecia este problema[20]. Será, pues, el Tribunal sueco el que deberá apreciar esta cuestión.

V. Proyección de la sentencia en el Derecho procesal civil español

11. Desde la perspectiva de nuestro sistema jurídico[21], el interés de esta sentencia reside en la similitud que guarda el precepto existente en el Derecho sueco con la norma contenida en el ordenamiento español establecida en el artículo 534 de la LEC[22]. Sin embargo, en Derecho español, a diferencia de la regulación sueca, el depósito de la caución está sujeta al principio de reciprocidad[23]. En efecto, el precepto mencionado dispone que cabe el arraigo del juicio del demandante extranjero como excepción dilatoria, en la medida y en la forma en que en la nación a

19. El Abogado General La Pergola, en sus conclusiones de 23 de mayo de 1996, expresa sus dudas de que el supuesto pueda caer en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, vid. p. I-3 y I-4.

20. No debe olvidarse tampoco la existencia del Espacio Económico Europeo (vid. DOCE 1994 L 1, p. 3.) del que son miembros todos los países de la CE, además de Noruega e Islandia, que hubiera impedido también tal discriminación, conforme a su artículo 4.º. Sin embargo, la cuestión se plantearía en los mismos términos, puesto que este acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 1994.

21. La jurisprudencia comunitaria afecta también al artículo 1400 LEC. Vid. el paralelismo de esta disposición con la sentencia de 10 de febrero de 1994, Mund & Fenster, as. C-398/92, Rec. p. I-474 en la que se preguntaba si el artículo 917 de la Ley procesal civil alemana que prevé el embargo preventivo cuando pueda temerse que, faltando esta resolución, la ejecución de la sentencia sea imposible o fundamentalmente más difícil. Sin embargo, este precepto dispone que constituye fundamento suficiente para decretar el embargo preventivo el hecho de que la sentencia tenga que ser ejecutada en el extranjero. El TJCE consideró que el artículo 7 TCE, en relación con el artículo 220 TCE, se opone a una norma de estas características al constitutir una discriminación indirecta.

22. Sobre esta institución procesal en nuestro ordenamiento, vid. M. Aguilar Benínez de Lugo, «La *cautio iudicatium solvi* en el Derecho español», *REDI* 1971, p. 353 y ss. Del mismo autor, «Actualidad de la caución de arraigo en juicio», *La ley*, n.º 2494, 1990 p. 1 y ss. J. D. González Campos, R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao 1979, p. 94 y ss. V. Cortés Domínguez, *Derecho procesal civil internacional. Ordenamiento español*, Madrid 1981, p. 47 y ss. J. M. Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid 1987, p. 90 y ss.

23. La reciprocidad deberá ser especial, bilateral, material y probada.

que pertenezca se exigiere a los españoles. Por lo demás, la regulación sueca objeto de la sentencia y el artículo 534 LEC tienen idéntico contenido si tenemos en cuenta la interpretación jurisprudencial desarrollada al respecto. La jurisprudencia ha determinado que debe tratarse de demandantes extranjeros no residentes en España —es decir, con falta de arraigo en nuestro país— y ha establecido además que tanto la concesión de la caución cuanto la fijación de la cuantía se decide facultativamente por el juez[24]. Sin embargo, pese a las restricciones jurisprudenciales a que ha sido sometida esta institución todavía pueden plantearse problemas en relación con determinados ciudadanos comunitarios —cuyo ordenamiento jurídico prevea también la *cautio iudicatium solvi* para los ciudadanos españoles— que interpongan una demanda ante la jurisdicción española.

Una norma de estas características supone una discriminación para aquellos demandantes que no tengan la nacionalidad española[25], dado que respecto a los demandantes españoles no cabrá la excepción dilatoria[26]. El argumento de la falta de arraigo en juicio no es suficiente puesto que los únicos beneficiarios son los demandados españoles[27]. Un demandado extranjero no podrá solicitar la *cautio iudicatium solvi* ni a demandantes españoles, ni a extranjeros, aunque no tengan arraigo en juicio. Todo ello puede conllevar una colisión entre nuestro Derecho y el Derecho comunitario teniendo en cuenta que a los nacionales de los Estados miembros les ampara el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Puede afirmarse, entonces, que esta sentencia puede tener consecuencias por lo que se refiere a la aplicación —o inaplicación— del artículo 534 de la LEC puesto que las cuestiones prejudiciales canalizadas por la vía del artículo 177 del Tratado de Roma tienen por objeto conseguir la interpretación «auténtica» del Tratado, vinculante para todas las jurisdicciones de los Estados miembros. Por ello, la interpretación que da el TJCE respecto del artículo 6 TCE vincula también a los tribunales españoles y puede condicionar, o mejor dicho limitar, la aplicación

24. Vid. la sentencia del TS de 13 de mayo de 1965, reiterada en la STS de 4 de abril de 1991.

25. En este sentido, el propio TS, en sentencia de 31 de octubre de 1989, advertía del carácter discriminatorio de la *cautio iudicatium solvi* y, por ello, propugnaba una interpretación restrictiva.

26. V. Cortés Domínguez, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid 1981, p. 48 consideró el contenido del artículo 534 LEC como «un insostenible castigo al demandante extranjero».

27. Vid. la sentencia del TS de 13 de mayo de 1965.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la disposición española mencionada por los tribunales españoles[28] siempre que se trate de demandas interpuestas por ciudadanos comunitarios no residentes en España que ejerciten una acción conexa a las libertades comunitarias fundamentales[29]. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el artículo 534 LEC no será aplicado en muchas ocasiones por la existencia de Convenios ratificados por España que excepcionan el depósito de la caución de arraigo en juicio.

12. Ciertamente, existen Convenios ratificados por los Estados miembros que resuelven esta cuestión eximiendo la imposición de la caución para asegurar las condenas en costas[30]. En este sentido, deben destacarse, por lo que se refiere al ordenamiento español, los convenios celebrados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que contienen disposiciones de ámbito general en relación con esta institución. En efecto, tanto el Convenio sobre procedimiento civil de 1 de marzo 1954[31] como el Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia de 25 de octubre de 1980[32], eximen de la obligación de depositar una caución con el fin de asegurar las costas judiciales. España ha ratificado también otros Convenios que recogen asimismo la exención de caución, pero en ámbitos concretos —así, en alimentos[33], respecto de los refugiados[34], sustracción internacional de menores[35]— o en determinados estadios del proceso —nos referimos al ámbito de la ejecución de sentencias extranjeras; así cabe destacar el Convenio hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[36] o el Convenio hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[37]—[38]. Debe destacarse que estos Convenios prevén, como contrapartida[39], facilidades para el reconocimiento de las sentencias condenatorias al pago de las costas procesales[40].

Ahora bien, respecto de estos Convenios, cabe plantearse los efectos

28. No hay que olvidar que el juez interno es el juez ordinario de Derecho comunitario en plenitud de competencia, vid. B. VILÀ COSTA, «Ordenamiento jurídico comunitario: aplicación», capítulo VI de *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, (dir. V. ABELLÁN, B. VILÀ) Barcelona 1995, p. 143 y ss.

29. Se confirma la jurisprudencia sentada en el caso Hubbard, STJCE de 1 de julio de 1993, as. C-20/92, Rec. p. 3790 y ss., aunque extendiendo la prohibición de discriminación más allá de la libre prestación de servicios. Se trataba de la imposición de la *cautio iudicatium solvi* en una reclamación de devolución de los bienes de una herencia —por lo tanto, una cuestión adscrita al Derecho de sucesiones— interpuesta por un ejecutor testamentario inglés ante la jurisdicción alemana. En la medida en que esta persona actuaba como un prestatario de un servicio el supuesto entraba en el ámbito de aplicación material del Derecho comunitario. El TJCE consideró que existía una discriminación porque la imposición de la caución se basaba en la nacionalidad como única razón para el depósito.

30. Para una perspectiva general de los Convenios vigentes, vid. M. AGUILAR BENÍNEZ DE LUGO, «La *cautio judicatium solvi* a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 1993 en el caso *Hubbard/Hamburger*», BIMJ, n.º 1689, de 15 de noviembre de 1993, pp. 5312 y ss. Vid. asimismo, C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid 1996, pp. 630 y 631.

31. BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1961.

32. BOE núm. 77, de 30 de marzo de 1988; corrección de errores, BOE núm. 86, de 11 de abril de 1989.

33. Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1966.

34. Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el estatuto de los refugiados, BOE 28 de octubre de 1978. Los refugiados gozarán del mismo trato que los nacionales en su país de residencia habitual, mientras que en los Estados contratantes distintos al de su residencia habitual recibirán «el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual», artículo 16.2. Luego, siempre que los refugiados tengan la residencia habitual en un Estado miembro de la CE, se beneficiarán del principio de no discriminación por razón de nacionalidad y no les podrá ser exigida caución para asegurar las costas judiciales cuando la acción ejercitada esté conexa al ejercicio de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario. Ello es así, porque están equiparados en el régimen del Convenio de Ginebra a los nacionales de su país de residencia. Todos los Estados de la CE se adhirieron a este Convenio, pero hay que tener en cuenta las eventuales reservas que puedan haber formulado respecto a este punto.

35. Convenio de 25 de octubre de 1980 hecho en La Haya sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores, BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corrección de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989.

36. BOE de 28 de enero de 1991; corrección de errores, BOE de 30 de abril de 1991. Versión codificada en DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990.

37. BOE núm. 251 de 20 de octubre de 1994; corrección de errores BOE núm. 8 de 10 de enero de 1995.

38. Tampoco cabe olvidar que España tiene ratificados diversos convenios bilaterales respecto al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en los que también hay exención de caución.

39. Así, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El *exequatur* de las condenas en costas y gastos del juicio (Nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1981», *RCEA*, 1984, p. 101, donde observa que las dos caras de la moneda que constituye la *cautio iudicatium solvi* son, por una parte, la dispensa y, por la otra, un procedimiento flexible de ejecución.

40. No es este el caso del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos, del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores y del Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que tienen sobre el Derecho comunitario. En otras palabras, ¿el ámbito de aplicación del Derecho comunitario queda mermado por la existencia de Acuerdos internacionales?

VI. La exención de la *cautio iudicatium solvi* en los Convenios internacionales suscritos por los Estados miembros al margen del Derecho comunitario

13. La situación ofrecida por el tejido convencional ratificado por España nos pone de relieve que en muchas ocasiones no se producirá una discriminación por razón de la nacionalidad porque los Convenios evitarán *a priori* la imposición de una caución. Por consiguiente, cuando sean de aplicación estos convenios no se darán situaciones en las que pueda invocarse el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Sin embargo, ello no debe ocultarnos que existen supuestos que entrarán dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario pero que no quedarán cubiertos por alguno de los Convenios suscritos por España. De ahí la advertencia del TJCE: la aplicación del Derecho comunitario no depende de los convenios ratificados por los Estados miembros. Esta consideración tiene un doble transfondo: por una parte, ello significa que los ciudadanos o personas jurídicas comunitarios no estarán sujetos a la ausencia de Convenio que establezca una exención de caución; por otra parte, supone que el ámbito de aplicación de cualquiera de los Convenios que prevean una tal exención no puede condicionar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Una ilustración, desde la perspectiva del ordenamiento español, respecto de cada una de estas afirmaciones ayudarán a comprender mejor el alcance de la sentencia.

14. En relación con la primera consecuencia, esto es, la ausencia de Convenios que establezcan la exención hay que advertir que no existe ningún caso en que ello pueda plantearse, desde la perspectiva española, puesto que nuestro país tiene ratificados con cualquiera de los quince Estados miembros algún Convenio que exime de la aplicación de la caución de arraigo en juicio, ya sea con carácter general para el proceso civil, ya sea con carácter especial, ya sea de forma multilateral o bilateral. Desconocemos si entre algunos Estados miembros que prevén esta institución procesal discriminatoria hay un vacío convencional respecto a esta materia. De todas formas, el Derecho comunitario impide que pueda oponerse como fundamento jurídico a la obstaculización a la circulación

intracomunitaria, la falta de acuerdos internacionales suscritos que contemplen aquella exención entre los Estados miembros implicados.

La segunda consideración comporta que la existencia de Convenios ratificados por los Estados miembros implicados no debe interferir en el cumplimiento del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Su ámbito de aplicación material, espacial o personal no condiciona la aplicación del Derecho comunitario. No cabe argumentar que el compromiso de España con otro Estado miembro se limita a determinadas materias (obtención de alimentos en el extranjero o sustracción internacional de menores, por ejemplo), o respecto a determinadas personas[41], y conforme al Derecho internacional no puede extenderse a otras. Tampoco podrá alegarse que el ámbito de aplicación espacial de los Convenios ratificados por España queda delimitado geográficamente por el territorio de los Estados parte de aquellos Convenios y que no cabe extender su régimen a nacionales de países que no los han ratificado. De esta manera, la invocación o aplicación de oficio del artículo 6 TCE impedirá la discriminación creada en el artículo 534 LEC.

En cualquier caso, cabe recordar que, a la inversa, los ciudadanos españoles que no estén sujetos a un régimen convencional que impide la imposición de la *cautio iudicatium solvi* podrán disfrutar también de la garantía ofrecida por el artículo 6 TCE cuando interpongan una demanda ante la jurisdicción de otro Estado miembro cuyo ordenamiento prevea esta carga procesal para los litigantes extranjeros. Por otra parte, resulta evidente que este beneficio operará en la medida en que la situación esté vinculada a una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario.

15. Por consiguiente, debe satisfacerse el objetivo comunitario de libre circulación sin considerar el arsenal convencional en la materia. El Derecho comunitario no impide, evidentemente, que los Estados puedan acordar la exención de caución de arraigo en juicio más allá de lo que prevé el propio ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, la diferencia entre la exención a nivel convencional y la que se deriva del Derecho comunitario estriba en que éste no tiene como objeto la exención de la caución, tal como sucede en la regulación convencional cuyo articulado prevé explícitamente aquella exención. El problema que se plantea aquí es el de la relación entre las normas de los Derechos

41. Así, para la aplicación del Convenio de La Haya de 1954 relativo al procedimiento civil el beneficiario debe tener la nacionalidad de uno de los Estados contratantes y el domicilio en otro de los Estados contratantes, no necesariamente aquel donde se desarrolla el proceso (artículo 17).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nacionales y el Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. En el Derecho comunitario la exención de la caución es una consecuencia de la aplicación del principio de no discriminación. No se pretende regular este instituto procesal. No es objeto de regulación material, sino de control funcional. El objeto de este principio es cualquier norma[42] susceptible de afectar a la circulación intracomunitaria, su función es la de controlar la compatibilidad de esta norma con los ejes fundamentales del Derecho comunitario y su objetivo es la preservación de la igualdad entre los ciudadanos comunitarios, en cumplimiento de los fines enunciados en el artículo 2 TCE. Todo ello nos lleva a considerar, y precisar, la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 6 TCE, como principio fundamental del Derecho comunitario, en su relación con los Derechos nacionales.

VII. Delimitación del ámbito de aplicación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad

16. El ámbito de aplicación del artículo 6 TCE depende básicamente del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, al tratarse de uno de sus principio generales. En efecto, su delimitación va referida al conjunto del ordenamiento comunitario y no se limita al volumen competencial comunitario, sino que se extiende a cualquier materia en la que estén en juego las libertades comunitarias[43]. Esta es una cuestión abierta que ha ido fijando la jurisprudencia comunitaria. Así ha sido especialmente por lo que se refiere al Derecho primario al carecer, de manera general, de normas que establezcan con claridad cuál es su ámbito de aplicación —tanto espacial[44], cuanto material—. Ciertamente, resulta difícil fijar globalmente este ámbito de aplicación para todo el Derecho

42. También lo es para el Derecho comunitario, pero la cuestión que nos interesa se centra en las relaciones entre el principio comunitario de no discriminación y las reglas nacionales.

43. Sin considerar si la norma que provoca la discriminación por razón de nacionalidad viene referida a una de las materias respecto de las cuales tiene atribuida competencia la CE. Particularmente significativa en este sentido es la sentencia Cowan, de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, Rec. p. 195, en relación a una norma de Derecho penal.

44. Tal como apunta M. Fallon, «Les conflits de lois et de jurisdictions dans un espace économique integré. L'expérience de la Communauté Européenne», *Rec. des C.*, 1995, t. 253 p. 42 y ss. el propio Tratado ofrece criterios para esta delimitación. Así, en materia de libre circulación de mercancías (productos originarios de la CE o de terceros Estados que han cumplido las formalidades necesarias para la libre práctica en los Estados miembros, artículo 9).

comunitario. Sin embargo, el TJCE en la sentencia comentada aplica, como única base jurídica, el artículo 6 TCE —que contiene un principio con entidad propia, con efecto directo[45], de carácter general y que opera como fundamento estructural del Derecho comunitario—, sin vincularlo de manera específica a ninguna libertad, aunque partiendo de la existencia de una circulación intracomunitaria[46]. De esta manera, en relación con el artículo 6 TCE debe plantearse el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, distinguiendo el espacial[47], el personal y el material. Por su interés, nos centraremos en el ámbito personal y el material.

1. *Ámbito de aplicación personal*

17. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad beneficia únicamente a los nacionales de los Estados miembros, comprendiendo tanto personas físicas[48] cuanto jurídicas. Este principio forma parte del estatuto jurídico básico del ciudadano de la Unión[49] y garantiza la igualdad en el goce y disfrute de los derechos que son objeto del Derecho comunitario. Se comprende, entonces, que todos los ciudadadanos de la CE, como Comunidad de Derecho, puedan tener acceso a la justicia en igualdad de condiciones, sin que quepa, en principio, justificación alguna para mantener normas procesales civiles nacionales que discriminen a los nacionales de cualquier Estado miembro[50], ya sea de manera

45. Reconocido ya en la sentecia Wilhelm, de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, Rec. p. 1.

46. No es la primera ocasión en que el TJCE aplica aisladamente el artículo 6. Puede citarse la sentencia Phil Collins, de 20 de octubre de 1993, as. C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, donde se mantiene que no es necesario vincular el principio general de no discriminación con las disposiciones específicas relativas a las libertades fundamentales de los artículos 30, 36, 59 y 66 TCE, vid. fto. 27.

47. En tanto en cuanto nos queramos referir a la existencia de una circulación intracomunitaria, esta cuestión será tratada en el ámbito de aplicación material. En la medida, en que se entienda por ello el ámbito de aplicación territorial o geográfico nos remitimos al artículo 227 TCE.

48. Vid. E. Pérez Vera, «La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht», *Hacia un nuevo orden internacional y comunitario. Homenaje a M. Díez de Velasco*, Madrid 1993, pp. 1123 y ss.

49. Tal como indica A. Mangas Martín en «Ciudadanía de la Unión y su estatuto», en Cap. XXIV de A. Mangas Martín, D. J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid 1996, p. 615.

50. Por este motivo A. Borrás Rodríguez, «Nota a la sentencia de 1 de julio de 1993, as. C-20/92», *RJC*, 1994, 2, p. 269 ve en la prohibición de la *cautio iudicatium solvi* «uno de los caminos de avance» hacia la ciudadanía europea.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

directa[51] o indirecta[52]. Este principio no se extiende a los extranjeros extracomunitarios, aún teniendo la residencia legal en algún Estado miembro[53]. Otra cosa es que el Consejo pudiera ampliar este principio a los domiciliados en el territorio de algún Estado miembro, acogiéndose a la cláusula de habilitación prevista en el segundo párrafo de la disposición mencionada[54]. El problema está en la base jurídica, no sólo para extender el principio de no discriminación a los domiciliados en la CE —sin que importe su nacionalidad—[55], sino también en realizar esta ampliación en una materia —el Derecho procesal civil— que no queda *per se* dentro del ámbito competencial de la CE[56].

18. De esta manera, se crean dos situaciones: la regida por el Derecho comunitario, en la que no procede una discriminación por razón de la nacionalidad, y la regida por los sistemas nacionales, en la que los Estados son libres de adoptar normas que discriminen por esta razón, siempre que no atenten contra sus propios preceptos constitucionales[57].

51. Como en el ordenamiento español o sueco al abordar la *cautio iudicatium solvi*.

52. Como en el ordenamiento inglés en el que la *cautio iudicatium solvi* se impone a los domiciliados en el extranjero. Siguiendo la doctrina del TJCE, en la sentencia de 10 de febrero de 1994, as. C-398/92, Rec. p. I-474, la mayor parte de cauciones exigidas por este concepto a los domiciliados en el extranjero tienen como resultado un trato discriminatorio con los extranjeros, porque se refiere a personas jurídicas no inscritas en el Reino Unido o bien a personas físicas con nacionalidad distinta a la británica.

53. No creemos que quepa una interpretación extensiva del artículo 6 TCE, en su primer párrafo, que comprenda tanto a los nacionales de los Estados miembros como a los que estén domiciliados en la CE En el mismo sentido, J. M. BISCHOFF, en V. CONSTANTINESCO et al. *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, París 1992, p. 64. Al contrario de lo que mantiene G.A.L. DROZ, «Nota a la STJCE de 1 de julio de 1993, as. Hubbard», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (4), 1994, p. 643, con el fin de que el principio de no discriminación pueda ser también invocado también por las personas establecidas en la CE en el ámbito del libre acceso a la justicia.

54. Posibilidad que ya apuntaba J. VAN DOORN, «La progresiva comunitarización del Convenio de Bruselas», *RIE* vol. 21 n.º 3, 1994, p. 988. Pronunciándose también en este sentido M. FALLON «Les conflits de lois et des jurisdictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne», *Rec. des C.* 1995, t. 253, p. 67.

55. En este sentido, vid. J. MÉGRET et al. *Le droit de la Communauté Economique Européenne. Commentaire du traité et des textes pris pour son application*, Bruselas 1993, p. 49, quien considera que este precepto permite establecer que cualquier persona en el territorio de la Comunidad, en el marco del Tratado, puede beneficiarse de los derechos definidos por el Consejo.

56. Vid. infra, sin embargo, nota 79.

57. Cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de junio de 1994 rechazando, entre otras razones, la imposición de la caución por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, debe precisarse que aquellas personas que disfrutan del ejercicio de una libertad comunitaria, aún tratándose de personas que no son ciudadanas de la Unión, podrán acogerse también a la cobertura que da el principio de no discriminación. Es el caso de los familiares de terceros Estados que se benefician indirectamente de una libertad comunitaria[58] que también deben poder ver garantizados sus derechos sobre la base del principio comunitario de no discriminación, en la medida en que estén vinculados a aquella libertad. En caso contrario, se crearía una incoherencia puesto que el Derecho comunitario les asegura un derecho sin tutelar plenamente su ejercicio ni acarrear con todas las consecuencias de su disfrute.

2. *Ámbito de aplicación material*

19. El criterio utilizado para la delimitación del ámbito de aplicación material del Derecho comunitario es el carácter económico de la operación que se lleva a cabo o se pretende realizar[59]. Esta nota económica proviene de las peculiaridades y necesidades sobre las que surgió el proyecto comunitario. Sin embargo, la amplitud de este proyecto —que queda explicitado en el artículo 2 TCE— no se traduce en un catálogo de competencias de tal manera que la atribución es funcional con vistas a conseguir los objetivos fundacionales[60]. La CE ha ido abordando ámbitos sobre los que inicialmente no hubiera podido actuar, pero la consecución del proyecto comunitario ha desbordado una visión estricta-

58. Situación contemplada por el Reglamento n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968, DOCE 1968, L 257.

59. Basta con demostrar el carácter potencial de la actividad objeto de la libertad en cuestión. Así, respecto a la libre circulación de mercancías vid. la sentencia Dassonville, de 11 de julio de 1974, as. 8/74, Rec. p. 837 y ss.; a la libre prestación de servicios vid. la sentencia Cowan, de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, Rec. p. 195 y ss. y en la libre circulación de personas este requisito ha sido ya superado si tenemos en cuenta el artículo 8 A del Tratado.

60. Esta «inestabilidad» competencial se manifiesta de forma plena en el artículo 235 TCE, como base para fundamentar las acciones comunitarias sopre las que la CE no tiene atribuidos los poderes de acción necesarios. Por otra parte, también se refleja en la teoría de los poderes implícitos, para extender los poderes de la CE respecto de aquellas materias sobre las que ya tiene atribuida competencia (por ejemplo, extender el poder a las competencias externas y no limitarse únicamente a las competencias internas, lo que ha permitido a la CE celebrar acuerdos internacionales en determinadas materias, así en el ámbito del transporte internacional, STJCE AETR, de 31 de marzo de 1971, as. 22/70, Rec. p. 263). Aunque esta doctrina no debe tener una interpretación extensiva (Dict. 1/94, de 15 de noviembre de 1994, Rec. p. 5267).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente económica de las materias que podía regular[61]. Esta dinámica también se ha dejado sentir en la aplicación jurisprudencial de las libertades fundamentales. Así, por lo que se refiere a su ejercicio, se ha puesto de manifiesto que no se puede considerar a las personas únicamente como operadores económicos, de tal manera que el ordenamiento comunitario ha ido reconociendo el derecho a la circulación a personas que en determinadas situaciones no ejercían una actividad estrictamente económica. Este paso progresivo ha ido proporcionando una mayor dimensión al concepto de ciudadanía europea —reconocido en el artículo 8 del propio Tratado[62-63]. En realidad, el carácter económico continúa siendo el criterio para determinar el ámbito de aplicación material del Derecho comunitario, aunque con un menor rigor. Esta variación cualitativa tiene lógicas consecuencias al aplicar el artículo 6 TCE como elemento de control sobre las discriminaciones que pueden sufrir en el territorio de los Estados miembros los ciudadanos comunitarios[64].

20. Debe procederse, pues, a considerar si una norma que establece una *cautio iudicatium solvi* queda inserta en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Este análisis es necesario si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una norma procesal interna que no tiene por objeto directo regular la actividad económica de los operadores de otros Estados miembros. Es evidente que la caución de arraigo en juicio no trata de regular los intercambios comerciales. Desde esta perspectiva, podría dudarse de la aplicabilidad del Derecho comunitario a una situación prevista por una norma de estas características. Sin embargo, el control que se lleva a cabo mediante el artículo 6 TCE se centra también en la afectación que comporta la discriminación para el ejercicio de una libertad comunitaria por parte de un ciudadano de un Estado miembro. Poco importa el objeto de regulación de la norma nacional discriminatoria o

61. En este sentido, debe comprenderse la ampliación de las políticas comunitarias a materias como la protección de los consumidores o del medio ambiente.

62. De acuerdo con la modificación que supuso el Tratado de la Unión Europea.

63. M. FALLON, «Les conflits de lois et de jurisdictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne», *Rec. des C.*, 1995, t. 253, p. 41 ha descrito muy bien el proceso evolutivo: «el reconocimiento de un derecho de circulación al operador económico ha conducido en tanto que resultado necesario para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, al reconocimiento de la cualidad de ciudadano, despojado de toda connotación económica».

64. Se pone de relieve la relajación del carácter económico que debe tener la relación objeto de control del artículo 6 TCE. Por ello, K. LENAERTS, «L'égalité de traitement en Droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», CDE, 1991, n.º 1-2, p. 25 y ss. ha apuntado que este principio debe ser comprendido en tanto que protección del ciudadano comunitario.

su naturaleza (penal, procesal[65], derecho de familia...), lo que se evalúa son los efectos negativos que tiene esta norma discriminatoria para todo ciudadano comunitario que ejerce una libertad garantizada por el Tratado. Por consiguiente, en la medida en que cualquier norma nacional contravenga el Derecho comunitario no podrá ser aplicada[66]. La cuestión de la aplicabilidad del artículo 6 TCE se plantea sujeta a la casuística. De esta manera, el principio de no discriminación es un límite para las normas nacionales, siempre que se refieran a una de las materias incluidas en el ámbito competencial de la CE o a una situación que pueda comportar el ejercicio de una libertad comunitaria.

De esta manera, siempre que se trate de una materia sobre la que la CE tenga competencias, cualquier norma interna discriminatoria por razón de la nacionalidad que impida, limite o dificulte el acceso a la justicia de cualquier ciudadano comunitario o suponga una afectación a su posición como parte en el proceso, quedará bajo el ámbito de aplicación del artículo 6 TCE. Y ello, sin necesidad de que se haya ejercido una libertad fundamental[67]. Así, la caución de arraigo impuesta por la sola razón de la condición de extranjero del demandante queda prohibida por

65. El TJCE en la sentencia de 14 de diciembre de 1995, as. C-312/93, Rec. p. I-4599, estableció que las modalidades procesales podían ser incompatibles con el Derecho comunitario.

66. El TJCE en la sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, Rec. p. 629, ya había declarado que la plena eficacia jurídica del Derecho comunitario debe comportar la inaplicación de toda disposición de la legislación nacional que le sea contraria.

67. Ello se deriva de la letra del artículo 6 TCE y ha tenido su plasmación práctica en la sentencia Phil Collins, de 20 de octubre de 1993, Rec. p. I-5145, fundamento 28, en la que el TJCE no se preocupa por fundamentar su aplicación en la constatación de que se hubiera ejercido una libertad comunitaria. En efecto, al TJCE le basta con dejar sentado que el Derecho de la propiedad intelectual «(...) se integra(n) en el ámbito del Tratado, en el sentido del párrafo primero del artículo 7; (...)». (Actualmente artículo 6 TCE). Esta es también la argumentación seguida en la sentencia Mund & Fenster, cit., al vincular el antiguo artículo 7 del Tratado al 220, con el fin de considerar la existencia de una discriminación. Ciertamente, esta sentencia tiene el problema de que el artículo 220 TCE se refiere a la obligación que tienen los Estados miembros para entablar negociaciones respecto de determinadas materias con el fin de conseguir un acuerdo interestatal. Estos acuerdos, entre los que se encuentra el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil, no son Derecho comunitario, sino Derecho complementario a los Tratados constitutivos y, por consiguiente, no era necesario vincular el artículo 7 al Convenio de Bruselas mencionado, en cuanto que tiene como base jurídica el artículo 220 TCE. Tal como apuntan F. J. GARCIMARTÍN, I. HEREDIA, «El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994», *GJ*, D-23, 1995, p. 67 bastaba con establecer que se trataba de una libre prestación de servicios.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ser discriminatoria, bastando con que la acción derive de una materia comprendida en el ámbito competencial de la CE (protección del consumidor, por ejemplo).

Pero, ¿es éste el caso cuando un heredero reclama judicialmente la devolución de los bienes?[68], o bien ¿cuándo se reclama la guardia y custodia del hijo?, ¿cuándo se reclaman alimentos al progenitor?, ¿cuándo se reclama una rectificación en la transcripción del nombre?, ¿cuándo se reclama el pago de la pensión al ex-cónyuge?, ¿cuándo se invoca la nulidad del matrimonio?, ¿cuándo se reclama una indemnización por daños morales? Todas estas son materias que no se incluyen en el ámbito competencial de la CE, pero lo que importa es que una norma discriminatoria de Derecho procesal —que tampoco es una materia comprendida en el ámbito competencial de la CE— puede incidir negativamente en el ejercicio pleno de las libertades fundamentales. El análisis de compatibilidad del artículo 6 TCE debe realizarse siempre que una libertad comunitaria esté en juego, sin que la materia en la que esta libertad se está ejerciendo tenga transcendencia alguna a estos efectos.

21. La novedad de la sentencia se encuentra en que basta con que la acción procesal tenga conexión con el ejercicio de las libertades fundamentales para que el control pueda llevarse a cabo[69]. En efecto, es suficiente con que la norma procesal civil tenga incidencia, incluso indirecta, sobre los intercambios intracomunitarios de bienes y de servicios. Se desprende de ello que no es necesario concretar de manera específica la libertad afectada cuando se trate de una norma procesal civil nacional[70].

68. La pregunta se inspira en los antecedentes de la STJCE de 1 de julio de 1993, caso Hubbard, cit. La cuestión la plantea G.A.L. DROZ, «Nota a la STJCE de 1 de julio de 1993», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (4) 1994, p. 642, al señalar que la actividad llevada a cabo por el ejecutor, actuando en cuanto profesional, es una peculiaridad del Derecho inglés. Igualmente, F. J. GARCIMARTÍN, I. HEREDIA, «El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994», *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*, 1995, D-23, p. 55.

69. La anterior sentencia relativa a la *cautio iudicatium solvi* había puesto de relieve los límites en que se encuadraba la situación, una libre prestación de servicios, por lo que debían reunirse los requisitos para que entrara en el ámbito de aplicación de esta libertad, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid 1993, p. 367.

70. El comentario de G.A.L. DROZ apuntaba los inconvenientes de vincular el principio de no discriminación en los estrechos márgenes de los artículos 59 y 60 TCE, en su nota al caso Hubbard, cit., *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (4), 1994, p. 642. Por su parte, M.ª D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Pamplona 1995, p. 87 extendía el *dictum* del caso Hubbard, as. C-20/1992, a la libre circulación, derecho de establecimiento, y no únicamente a la libre prestación de servicios.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad deja de tener un papel residual, su control es general[71], y se configura —juntamente con el artículo 5 TCE— en la antesala del principio a la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho comunitario[72].

VIII. VALORACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA *CAUTIO IUDICATIUM SOLVI* Y CONSIDERACIONES FINALES

22. No cabe duda, pues, de que una norma de Derecho procesal como la presentada cae en el ámbito de aplicación del artículo 6 TCE, pero no por ello debe ser automáticamente prohibida. Es necesario analizar si la discriminación se basa en una razón objetiva que la justifique. Ciertamente, el TJCE es reacio a considerar una excepción al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Hasta la fecha las sentencias que resolvían las cuestiones prejudiciales relativas a la compatibilidad de normas procesales civiles no han establecido en ningún caso que existiera una razón objetiva. Así, en relación con la *cautio iudicatium solvi*, se rechazó una imposición de depósito fundamentada únicamente en que el demandante es extranjero[73].

23. Falta por determinar si cabe un fundamento que justifique la discriminación para exigir la caución, siempre que tal exigencia provenga de la falta de arraigo en juicio. Es evidente que la caución está prevista para extranjeros y, por lo tanto, es discriminatoria cuando se base únicamente en el criterio de la nacionalidad del demandante. La caución po-

71. El pronunciamiento de la sentencia tiene mayor valor aún si tenemos en cuenta que la resolución responde a una cuestión prejudicial planteada sobre la base del artículo 177 TCE. Tal como apuntan J. DÍEZ-HOCHLEITNER, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *Derecho comunitario europeo*, Madrid 1996, p. 176 en nota al artículo 177, «(...) al tratarse de un procedimiento no contencioso, disfruta de cierta libertad para modificar el orden de las preguntas, agruparlas, declararlas sin objeto, formularlas de otra manera, responder a cuestiones que no le han sido solicitadas, **tomar en consideración disposiciones del Derecho comunitario no apuntadas en el escrito de remisión** o transformar una cuestión de interpretación en una cuestión de validez» (el destacado es nuestro). Al TJCE le bastaba con vincular la situación a una libertad específica y no aplicar la cláusula general.

72. Hemos visto ya que el acceso a la jurisdicción de un Estado miembro en condiciones de igualdad a los nacionales de este Estado por parte de un ciudadano de otro Estado miembro es el corolario de las libertades fundamentales. Hay que añadir además que los Estados miembros deben asegurar a los justiciables la protección jurídica derivado del efecto directo del Derecho comunitario, STJCE de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, as. C-312/93, Rec. p. I-4599.

73. Vid. el caso Hubbard, cit.

dría presentar menores problemas si su criterio de aplicación personal se basara en el domicilio[74] y no en la nacionalidad, salvo que se estimase que *de facto* se produce una discriminación oculta o indirecta —como es probable— y que, por lo tanto, la caución debe ser prohibida cuando afecte a nacionales de los Estados miembros[75]. Sin embargo, puede plantearse si es lícito imponer el depósito de esta caución cuando el demandante no tenga domicilio ni bienes en el país en el que se presenta la demanda, y no únicamente por razón de su nacionalidad[76]. ¿Sería una discriminación justificada por circunstancias objetivas y proporcionada a la finalidad perseguida?

El TJCE puede considerar la necesidad de la *cautio iudicatium solvi* en estas condiciones en base al esfuerzo suplementario que le va a re-

74. Es el caso inglés, vid. *Rules of the Supreme Court (Order 23, Rule (1) (1) (a).* Vid. la observación de G.A.L. DROZ «Nota a la STJCE de 1 de julio de 1993», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (4), 1994, p. 641.

75. Así lo ha considerado la Corte de Apelación inglesa (*Court of Appeal*; 1996 2 WLR 447, resolución comentada por J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, N. GRIEF, M. A. JARVIS en «Application du droit communautaire et jurisdictions britanniques 1995-1996, *RTD eur.* n.º 32 (4), 1996, p. 725 y s.) aplicando la jurisprudencia sentada en el caso C-398 Mund & Fester. Según el tribunal inglés la norma procesal tenía un efecto discriminatorio en relación con los demandantes que residían fuera del Reino Unido —en este caso en Irlanda—, sin que pudiera justificarse esta discriminación. La sentencia rectifica un pronunciamiento anterior, *Berkeley Administration Inc. v. McClelland (1990, 2QB.47)* en el que se había decidido por mayoría que la caución de arraigo en juicio aludía al domicilio y no a la nacionalidad, por lo que no causaba discriminación, ni directa ni indirecta. Paralelamente puede citarse el caso *Chequepoint SARL v. McClelland Court of Appeal; (1996) 3 WLR 341*, vid. ibídem *RTD eur.* n.º 32 (4), 1996, p. 726 y s. que consideró conforme al Derecho comunitario una imposición de caución de arraigo en juicio a una sociedad francesa insolvente puesto que a una sociedad inglesa insolvente se le hubiera podido exigir también una caución. No existe, pues, discriminación. La caución está objetivamente justificada por el principio de buena administración de la justicia, tanto para los nacionales cuanto para los extranjeros.

76. Este es el caso de la cuestión prejudicial planteada al TJCE en el asunto 323/95, del que todavía no existe la sentencia del TJCE. Se trata de una demanda interpuesta por una sociedad inglesa contra una compañía alemana por impago en el suministro de unos bienes realizado por la parte demandante. El artículo 110 de la Ley Procesal civil alemana contempla la *cautio iudicatium solvi* para los extranjeros que no tengan domicilio en Alemania ni posean bienes en su territorio. ¿Es contrario al artículo 7.1 TCE? Vid. la resolución del *Saarländisches Oberlandesgericht* en *International Litigation Procedure*, 1996, p. 528 y ss. El Abogado General La Pergola, en sus conclusiones de 28 de enero de 1997, ha estimado que el artículo 6 TCE se opone a la medida prevista en el artículo 110 del código procesal civil alemán, cuando se exija a ciudadanos comunitarios en litigios que tengan conxión con el ejercicio de derechos derivados del orden jurídico comunitario. El Abogado General tiene en cuenta la falta de dificultades por la existencia del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

presentar al demandado el reconocimiento y ejecución de una sentencia condenatoria al pago de las costas procesales favorable a sus intereses. Sin embargo, no podrá mantener esta decisión en la medida en que el litigio se encuentre en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, puesto que la unidad jurisdiccional creada por el mismo fue un argumento para rebatir el embargo preventivo por el hecho de que la sentencia tenga que ser ejecutada en el extranjero[77]. Si el litigio no se encuentra en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, pero sí en el del Tratado la cuestión se plantearía en otros términos, según la jurisprudencia del TJCE. Sin embargo, —y este sí es un argumento de mayor entidad— la sentencia comentada al vincular el principio de no discriminación con el libre acceso a la justicia —al ser éste un corolario de las libertades— permite considerar que difícilmente el TJCE pueda admitir la caución de arraigo en juicio. Ciertamente, en algunos casos pueden existir dificultades para el reconocimiento y ejecución de la resolución que eventualmente condene al pago de las costas procesales debido a la falta de acuerdos internacionales que regulen estas cuestiones[78], pero no son circunstancias suficientes para limitar el acceso a la justicia de demandantes nacionales de otros Estados miembros y, además «el derecho a la igualdad de trato consagrado por el Derecho comunitario no puede depender de la existencia de acuerdos internacionales concluidos por los Estados miembros».

24. Ahora bien, siguiendo la lógica argumental del TJCE, en la medida en que el demandante no ha tenido obstáculos procesales de carácter discriminatorio para interponer la demanda respecto de una situación adscrita al ámbito del Tratado, el demandado que obtiene una resolución favorable que le exime del pago de las costas no debe tener impedimentos para lograr que su resolución sea reconocida y ejecutada

77. Vid. caso Mund & Fenster. Con independencia de las críticas —que compartimos— que puedan hacerse a este planteamiento, vid. F. J. GARCIMARTÍN, I. HEREDIA, «El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentecia TJCE de 10 de febrero de 1994», *GJ*, D-23, 1995, p. 72, vid. también A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Nota a la STJCE de 10 de febrero de 1994», *RJC*, 1995, 1, p. 272, señalando la ingenuidad del TJCE en esta cuestión, sobre todo, teniendo en cuenta que el Convenio de Lugano tiene un régimen casi idéntico al del de Bruselas.

78. G.A.L. DROZ, «Nota a la sentencia de 1 de julio de 1993», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 83 (4) 1994, p. 643, se da cuenta de ello y propone que el TJCE tengan en consideración si la situación está comprendida en algun tratado, multilateral o bilateral, o norma nacional con vistas a evaluar las posibilidades reales de reconocimiento de la resolución condenatoria.

en otro Estado miembro con el fin de reclamar estas costas. Este planteamiento sería afín, por otra parte, con la mayor parte de soluciones convencionales que prevén la exención de caución pero, al mismo tiempo, facilitan el reconocimiento de la sentencia condenatoria al pago de las costas procesales. Más aún, el reconocimiento de esta resolución —originaria de un Estado miembro— debe plantearse en las mismas condiciones que las que tengan origen en el resto de Estados miembros, incluido el requerido, sin que ello pueda depender de la existencia o no de acuerdos internacionales concluidos por los Estados miembros. En la práctica, ello supone el reconocimiento incondicional[79] de las resoluciones condenatorias al pago de las costas procesales que se refieran a una situación contemplada en el ámbito del Tratado. Sin embargo, el TJCE no puede establecer un tal reconocimiento, además difícilmente se aceptaría una discriminación indirecta por la existencia de un procedimiento obligatorio[80], más costoso y condicionado para ejecutar las sentencias extranjeras frente a las de la propia jurisdicción. La solución debe abordarse desde una aproximación de las legislaciones[81] de los Estados miembros con el fin de eximir de la caución a los nacionales comunitarios y conseguir, como contrapartida, el reconocimiento incondicional de las sentencias condenatorias en costas[82]. No puede dudarse de la oportunidad de esta normativa frente al Convenio de Bruselas: en primer lugar, porque pueden ejercerse libertades comunitarias que queden fuera del es-

79. Sobre la distinción entre reconocimiento automático e incondicional, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid 1996, p. 540.

80. El TJCE, sentencia de 29 de octubre de 1980, as. 22/80, caso Boussac, Rec. p. 3427 y ss., consideró que no era discriminatoria la existencia de un procedimiento sumario previsto para las deudas libradas en moneda alemana respecto de deudores establecidos en Alemania, o bien, para las deudas libradas en moneda extranjera respecto de deudores establecidos en uno de los países miembros del Convenio de Bruselas. La decisión se basaba en que las partes podían pactar la moneda de pago, con la posibilidad de acceder al procedimiento sumario, y en el hecho de que los procedimientos ordinarios continuaban accesibles a los creditores establecidos en territorio de otros Estados miembros.

81. Podrían existir problemas en cuanto a la fundamentación jurídica, pero la «Comisión para un Código Procesal Europeo» ha establecido que sobre los artículos 3 (h), 5, 8A, 100 y 100A del Tratado podría acometerse una aproximación de determinadas materias procesales, vid. K. D. KERAMEUS, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, vol. 43, 1995, p. 409 y ss. Vid. también M. STORME, «Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe», en *Towards a European Civil Code*, ed. A.S. Hartkamp et al., Dordrecht/Boston/London 1994, especialmente p. 86 y ss.

82. Probablemente sería preciso armonizar previamente las costas, vid. sobre esta armonización vid. M. STORME, «Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe», en *Towards a European Civil Code*, ed. A.S. Hartkamp et al., Dordrecht/Boston/London 1994, pp. 93, 94.

tricto ámbito material de este Convenio, en segundo lugar, porque su ámbito de aplicación personal se delimita en función del domicilio mientras que el principio de no discriminación contenido en el artículo 6 TCE se basa en la nacionalidad de manera que se darían supuestos no regulados por el Convenio y, finalmente, porque, aun cuando la situación caiga dentro del ámbito de aplicación del Convenio, no hay impedimento alguno para adoptar reglas especiales de competencia judicial o de reconocimiento.

De esta manera, los intereses del demandado (nacional comunitario) se verían protegidos también por el Derecho comunitario. De otro modo, si no existen garantías de que ello va a ser así la caución estaría justificada por circunstancias objetivas y debería limitarse el principio de libertad de acceso a la justicia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LITISCONSORCIO ACTIVO INNECESARIO
(Una reflexión para el debate)

JOSÉ BONET NAVARRO
Ayudante del Departamento de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

El aparente acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de litisconsorcio activo necesario. — II. Breves consideraciones sobre el fundamento del litisconsorcio necesario. — III. El litisconsorcio necesario en el lado pasivo como regla general. — IV. Algunos supuestos en los que aparentemente deriva litisconsorcio activo necesario. — V. La falta de fundamento del litisconsorcio activo como necesario. — VI. Tratamiento unitario de la excepción de litisconsorcio necesario. — VII. La necesidad del litisconsorcio y su inexistencia en la posición activa: la demanda al cotitular.

La lectura de algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 12 de noviembre de 1994 [1], conduce a reflexionar sobre si cabe entender que nuestro ordenamiento jurídico establece el denominado litisconsorcio activo necesario. Porque podría ocurrir que la necesidad del litisconsorcio en la posición activa sea una de una de esas «realidades» que, de tan aparentemente aceptadas, a la hora de buscar un ejemplo representativo,

1. En RJ Aranzadi, 1994. 8.472.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no sólo éste se halle difícilmente, sino que encontremos argumentos para atemperar o incluso para negar su existencia como necesidad.

I. El aparente acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de litisconsorcio activo necesario

En algunas ocasiones, cuando se trata el tema del litisconsorcio necesario, parece colegirse que sea acepta la necesidad del litisconsorcio en el lado activo. Veamos algunas citas literales en ese sentido. Dice Fairén Guillén[2] que *«el litisconsorcio necesario, esto es, el que exige intervención en el proceso desde su iniciación, de todos los litisconsortes, se produce en los casos en que la demanda solamente pueda proponerse válidamente por o contra varios (o por y contra) varias personas»*. Prieto Castro y Ferrándiz[3] manifiesta que *«para que el efecto de cosa juzgada de la resolución alcance a cuantos corresponda, por razón del objeto, es indispensable que el conjunto de sujetos activos o pasivos demanden o sean demandados (respectivamente)»*. Según Montero Aroca[4] *«el proceso único con pluralidad de partes es necesario cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o para resistir, activa y/o pasiva, a varias personas conjunta, no separadamente; en estos casos todas esas personas han de ser demandantes y/o demandadas, pues se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento»*. Ramos Méndez[5] indica que *«el litisconsorcio necesario consiste en una pluralidad de demandantes y demandados en un mismo proceso, cuya presencia simultánea en el mismo viene exigida por el carácter único e indivisible del objeto del proceso»*. Por su parte, Moreno Catena[6] señala que *«el litisconsorcio necesario representa un supuesto particular de legitimación plural, en virtud del cual han de venir al proceso varias personas en una misma posición de parte, sea activa o pasiva»*. Quizás el ejemplo más representativo de este aparente acuerdo doctrinal sea el tenor literal del

2. Fairén Guillén, V., *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil,* en «Estudios de Derecho Procesal», Madrid, 1955, pág. 137.

3. Prieto Castro y Ferrándiz, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, I, Pamplona, 2.ª ed., 1985, pág. 383.

4. Montero Aroca, J., *Derecho Jurisdiccional,* II, 1.º, (con Ortells y Gómez Colomer), Barcelona, 1994, pág. 45.

5. Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil,* I, Barcelona, 1990, pág. 284.

6. Moreno Catena, V., *Derecho Procesal Civil,* (con Cortés y Gimeno), Valencia, 1995, pág. 73.

artículo 7,3 del *Anteproyecto de Ley Procesal Civil,* elaborado por los Profesores de Derecho Procesal[7] cuando dice que *«cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la resolución haya de afectar directamente al derecho de varios sujetos, todos ellos habrán de demandar o ser demandados conjuntamente, como litisconsortes»*. Idea que, Vicente Díaz[8], tras la consulta de los manuales de Derecho Procesal más en uso, resume afirmando que *«la demanda planteada por menos personas o sujetos de los necesarios para conseguir la disposición sobre el objeto material pretendido o dirigida contra menos sujetos o personas de las exigidas legalmente para tener igual capacidad de disposición sobre la totalidad de la prestación reclamada o del derecho cuya declaración se interesa, adolece de un vicio que afecta al contenido de las declaraciones y condenas que puede establecer la sentencia en relación con los derechos materiales a que se refiere el proceso»*.

¿Se está reconociendo con las palabras anteriores la necesidad del litisconsorcio en la posición activa? A nuestro juicio lo que cabe entender es sencillamente que, en ciertas ocasiones, una pluralidad de personas se han de encontrar en el proceso, y, dentro del mismo, según los casos, estos sujetos se encontrarán en la posición activa o pasiva. Como argumentaremos en las páginas siguientes, la necesidad se refiere exclusivamente a la participación en el proceso de una pluralidad de partes. Lógicamente, los litisconsortes tendrán que hallarse en alguna de las posiciones del proceso. Pero cosa distinta es que deban encontrarse, como necesidad, en la posición activa.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe decir lo mismo[9], de sus palabras también parece que se reconoce la existencia del litisconsorcio activo necesario. En ese sentido, aunque afirma que se trata de una «figura» no prevista en la Ley y desestima la alegación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1993[10] afirma:

«en cuanto a la falta de litisconsorcio activo necesario tiene declarado

7. Profesores de Derecho Procesal, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1972, pág. 181.

8. Vicente Díaz, M., *Derecho Procesal Civil,* I, Madrid-Barcelona, 1993, lección 7, pág. 11.

9. Sobre la jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario, véase Cobo Plana, J. J., *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales,* Pamplona, 1993.

10. En RJ Aranzadi, 1993. 10.104. Se trata de juicio relativo a un bien ganancial sin que activa ni pasivamente hayan sido parte los cónyuges respectivos. Igualmente, la STS, 12 de noviembre de 1993, en RJ Aranzadi, 1993. 8.765. Alude al litisconsorcio activo y pasivo sin otra consideración.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

esta Sala [SS. 10-11-1992 y 3-6-1993] que la figura del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa («legitimatio ad causam»), que no concurre en este caso...».

Y lo mismo ocurre, aunque sea con unas consecuencias a nuestro juicio equivocadas, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989 [11]:

«el litis consorcio activo o pasivo no tiene razón cuando la eficacia de la sentencia queda limitada respecto a los que no fueron parte en el pleito la demanda se interpone por la Comunidad de copropietarios y por don Juan G. C., que además de copropietario es Presidente de las respectivas Comunidades: fincas «Baldío y Dehesa de Arriba», y demandados don Fausto P. G. y cinco copropietarios más solamente en lo que les favorece sin que en lo adverso les perjudique, por lo que, ni son condenados sin ser oídos y vencidos en la litis ni se altera la veracidad de la cosa juzgada».

Como se observa en estos ejemplos, el Tribunal Supremo alude al litisconsorcio activo necesario sin poner en duda su existencia. Pero no por ello hemos de entender que lo está reconociendo. De hecho, salvo omisión o error nuestro, nunca ha estimado la *exceptio plurium litisconsortium* en el lado activo. Es más, manifiesta la innecesariedad de que la demanda se interponga conjuntamente por una pluralidad de sujetos.

En definitiva, podemos decir que cuando la doctrina y la jurisprudencia se refiere al litisconsorcio activo necesario activo o pasivo es solamente un modo de describir que cuando en el proceso ha de haber necesariamente una pluralidad de partes, éstas se hallarán en algunas de las posiciones del proceso. El calificativo necesario se refiere al litisconsorcio y no a la posición en la que eventualmente se hallen los litisconsortes.

11. En RJ Aranzadi, 1989. 6.953.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

II. Breves consideraciones sobre el fundamento del litisconsorcio necesario

Sin necesidad de remontarnos en estos momentos al Derecho Romano [12], la existencia del litisconsorcio necesario se ha venido defendiendo con base en distintas razones que van desde evitar sentencias inútiles hasta la inescindibilidad de determinadas relaciones jurídicas. El concepto litisconsorcio necesario empieza a elaborarse por la doctrina con Chiovenda [13], cuando advierte que la sentencia dictada en ausencia de algunos litisconsortes necesarios sería una sentencia inútil. Sin embargo, esta opinión pronto encontró críticas, fundamentalmente por Carnelutti [14], quien considera que se confunde la inutilidad con la inoportunidad de la decisión que, a los fines de la justicia de la misma, la no participación en el juicio de otros procesos constituye un grave peligro de información incompleta del juez y, por eso, de injusticia. En consecuencia, entiende, el litisconsorcio será necesario cuando sea oportuno que varias *litis* entre diversas partes no sean decididas separadamente. También Satta [15] formula sus críticas frente a la idea de la justificación del litisconsorcio necesario en la «inutiliter data», porque afirma que una utilidad parcial subsiste siempre y, de otro lado, sólo la parte es árbitro para la valoración del propio interés en llamar a la causa a un sujeto más bien que a otro. Para Cortés Domínguez [16], la crítica a la teoría de Chiovenda se centra en que *«la inutilidad de la sentencia no es tanto una causa que produzca efectos determinados, como el resultado de una situación concreta de falta de litisconsorcio necesario».*

12. Al respecto, véase Kaser, M., *Das Römische Zivilprozessrecht,* München, 1966, págs. 151 y ss, y 382; Cortés Domínguez, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en RDPro Iberoamericana, 1976, págs. 371-4. Asi como la bibliografía que citan ambos autores.

13. Chiovenda, G., *Sul litisconsorzio necessario,* en «Saggi di Diritto Processuale Civile, II», Roma, 1931, págs. 436-7, afirma que *«si può dire che l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sè alcun valore, inutiliter datur».*

14. Carnelutti, F., *Instituciones del proceso civil,* I, (trad. de la 5.ª ed. italiana, de 1956 por Sentis Melendo), Buenos Aires, págs. 390-1.

15. Satta, S., *Manual de Derecho Procesal Civil,* I, (trad. de la 7.ª ed. italiana, de 1967 por De la Rúa, con Sentis Melendo), Buenos Aires, pág. 145. Concluye afirmando que el litisconsorcio necesario se justifica bien por razones de oportunidad o bien por la naturaleza de la relación, cuando sea esencialmente plurilateral.

16. Cortés Domínguez, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 379-80.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas sentencias[17], ha ido aportando como fundamento del litisconsorcio una serie de argumentos como el principio de contradicción; la extensión de la cosa juzgada a terceros; la necesidad de evitar sentencias contradictorias; la imposibilidad de ejecución, etc. Sin embargo, todos los argumentos anteriores ceden en cuanto el fundamento de la necesidad del litisconsorcio (de la conveniencia sería otra cosa) es otro en realidad. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ[18], la justificación del litisconsorcio necesario *«consiste en la necesidad sentida de que varias personas estén o actúen conjuntamente en un proceso»*. Continúa diciendo que *«el litisconsorcio es necesario porque el derecho material se debe hacer valer conjuntamente por varios, pues de varios es; si no se hace así, se obtendrá en todo caso una sentencia inútil»*. En definitiva, el fundamento del litisconsorcio necesario se encuentra básicamente en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas, con base en que la legitimación se atribuye a dos o más personas conjuntamente[19]. Así, solamente el derecho positivo, normalmente material pero no siempre[20], determinará la necesidad de que una pluralidad de personas acudan al proceso para que la sentencia sea eficaz[21]. Y en la medida que existan las normas, por determinarlo expresamente[22] o por regular relaciones jurídicas inescindibles, todo ello para que la sentencia sea eficaz, el litisconsorcio necesario tendrá fundamento en nuestro ordenamiento jurídico.

Otra cosa es que, consecuencia de la regulación que establece la inescindibilidad de las relaciones jurídicas, con la exigencia de que los sujetos a los que va a afectar la sentencia participen en el proceso, al mismo tiempo se está salvaguardando el principio de audiencia o evitando la indefensión. Quizás por esa razón pueda decirse con razón que éste sea el *«fundamento último»*[23]. Pero ello no impide que, a los efectos de conocer concretamente los supuestos en los que existe litisconsorcio necesario, debamos acudir a su fundamento inmediato: las normas que establecen la inescindibilidad de algunas relaciones jurídicas y que hacen necesaria la concurrencia de una pluralidad de sujetos para que la sentencia pueda ser eficaz.

A los efectos de conocer si el litisconsorcio activo necesario tiene fundamento en nuestro derecho, por tanto, es necesario repasar las distintas normas a los efectos de comprobar si de las mismas cabe entender que una pluralidad de personas deban acudir necesariamente al proceso para que la sentencia sea eficaz. Esa actividad, no obstante, se presenta ardua. No dudamos, como veremos, que existen razones fundadas para que en el proceso, cuya pretensión sea constitutiva y hasta incluso declarativa y de condena en cuanto llevan implícita una declaración[24], participen todas aquellas personas unidas de forma inescindible por la relación material. Sin embargo, ello no significa que exista *strictu sensu* la necesidad de que todos esos sujetos se sitúen en la posición activa.

III. EL LITISCONSORCIO NECESARIO EN EL LADO PASIVO COMO REGLA GENERAL

Como hemos advertido, el calificativo necesario se refiere al litisconsorcio y no tanto a la posición en la que eventualmente se hallen los litisconsortes. Sin embargo, es cierto que los distintos sujetos, dado que necesariamente han de encontrarse en el proceso, tendrán que situarse en alguna de las posiciones del mismo. En ese sentido, puede decirse, en principio, que la necesidad de que exista litisconsorcio, en la práctica totalidad de las ocasiones y constituyendo regla general, se refiere únicamente al lado pasivo. Quizás por ello FERNÁNDEZ LÓPEZ[25] afirme que el litisconsorcio es necesario *«cuando la Ley exige al actor que demande*

17. Véase la jurisprudencia que cita SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., págs. 584-5. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 389 y ss. Así como la transcrita por COBO PLANA, J. J., *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales,*cit.

18. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 371 y 377-8.

19. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional,* II, 1.º, (con Ortells y Gómez Colomer), cit., pág. 46.

20. Por ejemplo el art. 1.539,1 LEC.

21. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., pág. 585.

22. Nos parecen gráficas, en ese sentido, las palabras de VICENTE DÍAZ, M., *Derecho Procesal Civil,* I, cit., lección 7, pág. 11, cuando afirma que *«el litisconsorcio necesario es el que viene impuesto por vinculaciones subjetivas, de carácter inescindible, que resultan del objeto de Derecho material, deducido en juicio»*.

23. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil,* I, (con DE LA OLIVA), Madrid, 1990, pág. 457.

24. COSTANTINO, G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario,* Napoli, 1979, págs. 467 y ss. REDENTI, E., *Il giudizio civile con pluralità di parti,* Milano, 1960, págs. XXII-III; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 380.

25. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil,* I, (con DE LA OLIVA), cit., págs. 452, 456-7.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

conjuntamente varias personas en la misma demanda» o, en similares términos, *«cuando el Derecho exige al actor que dirija la demanda simultáneamente frente a dos o más personas»*. Advirtiendo que, en rigor, el auténtico litisconsorcio es el pasivo legal, por el que el actor tiene la carga de demandar conjuntamente a todas las personas a las que la Ley se refiere.

En efecto, difícilmente encontramos norma o regulación de la que quepa deducir la necesidad de que exista litisconsorcio activo. Otra cosa ocurre respecto al pasivo. El ejemplo quizás más claro sea el del artículo 1.539,1 LEC que prevé expresamente un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario[26], independientemente de la relación jurídico material, al exigir que las tercerías se sustancien con el ejecutante y el ejecutado[27]. Lo mismo podrá decirse en otros ejemplos, como el art. 74 CC, de donde deriva que, cuando la acción de nulidad de un matrimonio la solicite un tercero se demande a los dos cónyuges[28]; el artículo 25 LAU que obliga al arrendador a demandar conjuntamente al inquilino y al cesionario por cesión inconsentida[29]; o el art. 384 CC, por el que se ha entendido que en la acción de deslinde se ha de demandar a los dueños de los predios colindantes[30].

26. Por contra, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 388 entiende que este supuesto no se debe considerar un verdadero litisconsorcio necesario, sino una acumulación de acciones y demandas que biene impuesta por la ley a los sólos efectos operativos. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional,* II, 2.º, (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), Barcelona, 1994, pág. 186, tampoco existe un verdadero litisconsorcio pasivo necesario atendida la relación jurídico material, entre otras cosas porque no existe una verdadera relación juídica, con lo que cabría hablar más bien de acumulación de pretensiones. Sin embargo, afirma que la ley impone la existencia del litisconsorcio necesario atendido a que la sentencia final tendrá un único pronunciamiento, sin perjuicio de los efectos distintos que el mismo tenga sobre las partes.

27. En el punto 2.º del mismo art. 1.539 LEC se dispone que *«ambos deberán contestar a la demanda dentro del término correspondiente...»*.

28. Evidentemente, el supuesto de litisconsorcio pasivo necesario se producirá cuando sea un tercero quien pretenda la nulidad del matrimonio, porque si es uno de los cónyuges, no existirá litisconsorcio necesario.

29. En este supuesto, señala SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., pág. 587, que el fundamento del art. 25 LAU no estriba tanto en la naturaleza de la relación jurídica, cuanto en la conveniencia de que no se defrauden los derechos del cesionario, único interesado en ocupar la vivienda. De modo que, considera que no existirá el litisconsorcio necesario cuando se demande únicamente al cesionario y no al cedente. En ese caso, entiende, únicamente existirá falta de legitimación pasiva del cesionario, por no ser titular del contrato cuya resolución se pide.

30. DÁVILA MILLÁN, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal,* Barcelona, 2.ª ed., 1992, pág. 87.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En general, aunque en pocas ocasiones encontraremos norma expresa que así lo disponga, son múltiples los ejemplos de litisconsorcio necesario[31], por lo general, en el lado pasivo. A parte de los supuestos anteriores y de los que después veremos, las principales situaciones derivan de las acciones de nulidad de un acto o contrato en el que estén interesadas varías personas. En ese sentido, MONTERO AROCA[32] alude, por ejemplo, a que si se cuestiona la validez de un testamento, hay que entender que debe demandarse a todos los herederos; si se pretende declarar nulo un contrato de sociedad hay que demandar a todos los socios[33], etc. Con todo, no está exento de dudas entender cuándo, en algunos supuestos concretos, se produce litisconsorcio necesario. Como puede ocurrir, entre otros, con la acción subrogatoria o revocatoria[34]. En cualquier caso, es constatable que de lo que se trata es normalmente de formular demanda frente a varias personas, es decir, de si existe litisconsorcio necesario en el lado pasivo. Y hasta tal punto la necesidad se refiere normalmente a la parte pasiva que puede decirse, como mínimo, que constituye la regla general.

Así y todo, hablar de necesidad respecto a una u otra de las posiciones en la que se deban hallar las partes implica la imposibilidad de que los litisconsortes se sitúen en la posición contraria. Y, al menos en ocasiones, parece que sí es posible el cambio de posición. En efecto, se dan posiciones procesales, denominadas por REDENTI[35] como «hermafro-

31. Véase, teniendo en cuenta las regulaciones posteriores a la fecha de los trabajos (como la Ley 11/1981, de 31 de mayo por que la que se da nueva redacción al título V del Libro 1.º del Código Civil), SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., págs. 589 y ss; MONTERO AROCA, J., *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil,* Barcelona, 1972, págs. 80 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 386 y ss; MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., *Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva,* en RGD, 1991, págs. 5.745 y ss.

32. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional,* II, 1.º, (con Ortells y Gómez Colomer), cit., pág. 46.

33. No obstante, en caso de sociedades, entiende CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 392, que no se establece la necesidad de de que todos actúen en el proceso, sino la de que, si actúan, lo hagan todos en el mismo proceso (litisconsorcio necesario impropio) porque, *«bueno sería que tuvieran que estar todos los socios presentes en el proceso»*. En esos casos, entiende, se produce una extensión subjetiva de la cosa juzgada.

34. Véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., págs. 592 y ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 386-8.

35. REDENTI, E., *Derecho Procesal Civil,* I, (trad. SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN), Buenos Aires, 1957, pág. 238.

ditas», por las que todos pueden ser indistintamente actores o demandados, aunque tengan una misma posición de parte en sentido sustancial. El ejemplo más claro sería el de la petición de nulidad de un matrimonio. Ya hemos visto como si la solicita un tercero, en el lado pasivo deberán encontrarse ambos cónyuges; en cambio, cualquiera de esos cónyuges puede situarse en el lado activo frente al otro. Lo mismo puede ocurrir en una comunidad de bienes, en la que cualquiera de los comuneros puede ser demandante o demandado a los efectos de la disolución del condominio. Con ello queda claro que, cuando exista necesidad en el litisconsorcio, los sujetos correspondientes han de encontrarse en el proceso. Pero, una vez dentro del mismo, al menos ocasionalmente, lo que no es tan importante es la situación activa o pasiva en la que se hallen.

Lo que ya no resulta tan fácil es saber si, en esos supuestos, la posición pasiva puede resultar innecesaria por encontrarse ya el posible litisconsorte en el lado activo. Esto es, en el segundo ejemplo anterior, ¿podrían formular demanda de disolución de comunidad varios comuneros conjuntamente frente al resto, pero no frente a ellos mismos?

No tenemos constancia de que haya algún pronunciamiento jurisprudencial al respecto. Pero aunque no igual, quizás nos pueda ser útil la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1989[36], que tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto en cierta medida semejante. En esquema, el caso fue el siguiente: en un contrato de obras, en la que se apreciaron defectos en la construcción, la promotora formula demanda frente a la constructora y la dirección técnica, sobre cumplimiento del contrato. En primera instancia se estima la excepción de falta de legitimación activa, por no concurrir la cualidad de propietaria de los inmuebles, ya divididos en régimen de propiedad horizontal, y vendidos. En apelación se estima el recurso y la demanda, por estimar que la venta de los edificios no liberó a los constructores y técnicos de los deberes contractualmente adquiridos frente a la promotora, ni ésta pierde la legitimación para exigirlos. Condenando solidariamente a los demandados a ejecutar las obras necesarias a fin de que desaparezcan diversos defectos de la construcción. Cada uno de los demandados interpusieron recursos de casación básicamente en relación a la legitimación de la promotora y en una hipotética infracción de la doctrina del litisconsorcio.

Respecto a la legitimación activa del promotor, el Tribunal Supremo no encuentra inconveniente para afirmarla en cuanto la legitimación de los propietarios no supone que *«el círculo de los legitimados activamente se reduzca a los propietarios ni que éstos se vean necesariamente obligados a litigar contra todo el círculo de posibles obligados solidarios. Su legitimación adquirida por subrogación, junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo».*

36. RJ Aranzadi, 1989. 4.417. Ponente: don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Respecto al más interesante tema de la posición activa que adopta la promotora de las obras, cuando podría serlo pasiva respecto a los propietarios de las viviendas, tampoco encuentra inconvenientes la misma sentencia. Señala:

> *«que los promotores no asuman frente a los propietarios de los pisos el ejercicio de acciones para reparar lo mal hecho puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y los técnicos, pero no se impone que deban siempre figurar en los litigios como demandados; cuando como en este caso actúan en defensa del interés propio de que la prestación sea correctamente cumplida, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios que también tienen acción en juicio. (...) la postura activa de los promotores no permite pensar en la posible mala fe de quien se adelanta para no ser demandado junto con los constructores y técnicos, porque tal posible condena solidaria, dado el carácter impropio de ésta que permite pleitos posteriores, no conlleva la necesaria división mancomunada simple de la prestación, ni impide que en el proceso los demandados ejerciten por vía de reconvención lo que a su derecho convenga, si piensan en la contribución a los daños por parte de la promotora. Si ésta fue también causante de los daños así han podido demandarlo y si no lo fue, tiene, la promotora, interés en que así se reconozca, interés en que se condene a los culpables, interés en que se cumpla el contrato de obras e interés, en fin, en no llegar a ser demandada por los propietarios, aunque sólo sea por conservar su prestigio de promotora. Razones más que suficientes para desestimar los cinco motivos contenidos en los tres escritos y que a la legitimación activa se refieren. No se favorece la línea de protección jurisprudencial de los propietarios singulares, de siempre mantenida por el Tribunal Supremo, obligándoles a seguir un nuevo litigio en los términos pretendidos por los recurrentes».*

Sin embargo, y esto es importante por cuanto se diferencia del supuesto que pretendemos resolver, el Tribunal Supremo entiende que la promotora demandante no se encuentra afectada por un hipotético litisconsorcio pasivo necesario con la constructora y la dirección técnica, al establecerse en el artículo 1.591 CC una responsabilidad solidaria frente a los propietarios de las viviendas.

Así y todo, se dictó un voto particular por dos magistrados de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sala[37], sobre el más espinoso tema del cambio de posición activa de uno de los responsables solidarios en virtud del art. 1.591 CC. Entendió que el promotor no está legitimado activamente frente al resto de obligados porque: 1.º) El interés jurídico del ejercicio de la acción lo posee el que se ve directamente afectado (comunidad de propietarios de los pisos). El interés del promotor es *«más bien la posibilidad de introducir, por esa vía indirecta, una cierta desviación de la responsabilidad»*. 2.º) El promotor posee legitimación pasiva respecto a la responsabilidad (solidaria) del art. 1.591 CC, incluyéndose en el concepto «contratista». 3.º) La posibilidad de demandar al promotor *«queda eliminada o disminuida si dicho promotor, anticipándose a toda acción judicial por parte de los propietarios y asumiendo lo que, «prima facie», es facultad exclusiva de éstos, pretende que se declare solamente la responsabilidad «ex artículo 1591» del Código Civil del contratista y de los técnicos, con lo que, por este medio indirecto, conseguiría quedar excluido de una responsabilidad que también le alcanza o puede alcanzarle frente a los propietarios»*. 4.º) En todo caso, el promotor podría repetir una vez cumplida la prestación contra el contratista y la dirección técnica por la cuota que a cada uno pudiera incumbirle; o ejercitar contra los mismos las acciones por un supuesto incumplimiento contractual. Pero ninguno de estos supuestos es el que se trata porque aquí *«el promotor, sin haber sido demandado por los propietarios afectados y tomando una iniciativa que, en principio, no le corresponde, se ha limitado a ejercitar la acción por una responsabilidad (la decenal del repetido artículo 1591) de la que, siendo o pudiendo ser sujeto pasivo, ha pretendido, tal vez, autoexcluirse en la forma ya dicha, haciéndose aparecer como perjudicado o sujeto activo de la misma»*.

Reconociendo las conexiones del caso resuelto con el que ahora nos ocupa (se trata del supuesto de demandante que, pudiendo ser demandado por un tercero junto a otros, formula demanda frente a esos otros), pero teniendo en cuenta sus concretas circunstancias (tratándose de una pretensión de responsabilidad solidaria y, por tanto, por no tratarse de un supuesto de litisconsorcio necesario), creemos que la respuesta no es trasladable a la pregunta que formulábamos. Sencillamente se reconoce la posibilidad de la promotora para ser actora (frente a la constructora y dirección técnica, al subsistir la acción decenal del art. 1.591 del CC, a pesar de haber transmitido las viviendas); así como también para ser demandada (ante la reclamación de los propietarios de las viviendas). Y no se resuelve la cuestión porque precisamente esos propietarios, favorecidos por la acción de responsabilidad del repetido art. 1.591 CC no han sido parte en el proceso. Sólo entonces, y todavía con dudas, podría ser trasladable la solución.

37. Por don Alfonso Barcalá y Trillo Figueroa y don Francisco Morales Morales, que redacta este segundo Magistrado y al que se adhiere el primero.

Decimos con dudas porque la situación del promotor es ciertamente más compleja que la de un comunero. Téngase en cuenta que, antes de la venta, tanto la constructora como la dirección facultativa es responsable por completo frente a la promotora. Sin embargo, tras la venta de los pisos, la responsabilidad es solidaria de esos mismos sujetos más el promotor. ¿Quiere ello decir que, en definitiva, aunque sea en fase de repetición, la responsabilidad de los originariamente obligados se reduce *a posteriori* en la parte que corresponde al promotor? Si negamos esta posibilidad, que además de parecer la solución más razonable se corresponde con la literalidad del art. 1.591 CC, hemos de considerar acertada la sentencia anterior (no el voto particular)[38]. Es decir, si la responsabilidad del contratista y facultativos frente al promotor es completa, el interés de este último en que las obras queden resueltas es evidente frente a posibles futuras reclamaciones.

Con ello creemos que se disipan las dudas sobre la posible existencia de soluciones distintas al problema del cambio de posición activa y pasiva cuando se trate de pretensiones de naturaleza diversa. Porque siempre encontramos un punto de conexión, por complejo que se presente el caso, respecto al interés de accionar, se trate de promotor como de comunero, socio o cónyuge.

A nuestro juicio, deberemos buscar la respuesta en otro lugar porque, de todos modos, es claro que el supuesto enjuiciado, por ser de responsabilidad solidaria, tampoco resolvería la cuestión aunque hubieran accionado también, al mismo tiempo, los propietarios de viviendas. En todo caso, la posición activa de la promotora no impide a los propietarios de los pisos formular demanda de reclamación frente a ésta. Sencillamente por el carácter solidario de la responsabilidad y la consecuente inexistencia de litisconsorcio necesario. La respuesta ha de hallarse, al menos, en el entendimiento de las peticiones que se formulan, en su re-

38. Además de que, con el voto particular, lo que se consigue es dejar imprejuzgada la cuestión de la responsabilidad de la contructora y de la dirección técnica frente a la promotora. Sujetos aquéllos a los que corresponde ante ésta, aunque tras la venta de los pisos fuera meramente por repetición.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ciprocidad, así como, en que la interpretación que se obtenga sea práctica en cuanto no lleve a consecuencias absurdas.

El ejercicio de la acción de división de cosa común por parte de cada uno de los comuneros (art. 400 CC), les sitúa en el lado activo del proceso, por tanto, sin que tengan que encontrarse en el lado pasivo. Y ello es así, entre otras razones, porque quien pide un acto de voluntad o una actividad frente a otro u otros, siendo esa actividad recíproca (ese o esos sujetos podrían solicitarla igualmente frente al actor), está partiendo de la existencia de su propia voluntad o disposición para realizar la partición de la cosa. Y hasta tal punto ese sujeto posee voluntad o disposición que exige al resto de comuneros que le permitan realizarla, modificando la comunidad a cada uno en la parte que le corresponde. Es más, el ejercicio de la acción, y la correspondiente resolución judicial firme, no sólo vinculan al o a los demandados, sino de igual manera al demandante.

Si lo anterior, como nos parece, es cierto, la solución que se desprende no es otra más que la posibilidad de solicitar la acción de partición de la cosa común conjuntamente por varios comuneros, sin necesidad de demandarse los actores mutuamente. Actividad que resulta del todo punto innecesaria pues la resolución vinculará, en definitiva, a todos los sujetos activos o pasivos que (necesariamente) han de intervenir en el proceso.

Con todo, la conclusión contraria no ofrecería una solución satisfactoria. Pensemos que, cuando sean varios los comuneros que solicitasen simultáneamente la partición de la cosa, si cada uno de ellos debiera demandar a todos los demás, se plantearían problemas de difícil solución. La pregunta básica sería ésta: ¿tendría que conocerse de la cuestión en el mismo procedimiento? La respuesta, creemos, ha de ser afirmativa porque se trata del mismo objeto procesal (dado el carácter recíproco de la prestación). En consecuencia, entre otras, si se conociese en otro procedimiento procedería la excepción de litispendencia. Y siendo afirmativa, si tuvieran que demandarse los actores entre sí, se daría la paradoja de que, sea por acumulación inicial o sobrevenida o sea incluso por reconvención, nos encontraríamos con sujetos que se encontrarían a la vez en el lado activo y en el pasivo, cuando la prestación que se reclama es recíproca (el actor «A» solicita a uno de los demandados «B» una actividad, cuando el actor «B» está solicitando a otro de los demandados «A» esa misma actividad). Que tanto A y B puedan encontrarse simultáneamente como demandantes y demandados, en un mismo procedimiento y respecto a un mismo objeto, sencillamente es absurdo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Podemos afirmar que, concretamente en los supuestos en que los sujetos que necesariamente han de encontrarse en el proceso puedan ser indistintamente demandantes o demandados, la regla general de que el litisconsorcio es necesario en el lado pasivo cede. Lo que importa entonces es que los sujetos, todos, se encuentren en el proceso, con independencia de la posición activa o pasiva en la que se hallen.

Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ[39], la división relativa a la posición de litisconsortes es de *«menor importancia»*. En efecto, estamos convencidos de que la necesidad del litisconsorcio, en esencia, no tiene «apellidos» de activo o pasivo. Lo que no significa que el del lado pasivo constituya la regla general[40], porque, si lo que importa es que todos los sujetos correspondientes se encuentren en el proceso, cuando alguno de ellos no se sitúe en el lado activo, posición en la que nadie puede encontrarse forzosamente, sólo nos resta el pasivo. Como dice reiteradamente la jurisprudencia, *«si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros»*[41].

En definitiva, si, como hemos visto, en ocasiones es dudosa la necesidad del litisconsorciono en el lado pasivo (cuando se encuentren en el proceso en la parte activa), con mayor claridad se observa este hecho respecto al activo. Y es que, en puridad, como a continuación desarrollaremos, litisconsorcio activo, como necesidad, no existe nunca.

IV. ALGUNOS SUPUESTOS EN LOS QUE APARENTEMENTE DERIVA LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO

Los supuestos más importantes en los que aparentemente deriva litisconsorcio activo necesario derivan básicamente del ejercicio de acciones sobre bienes o derechos comunes. Y especialmente, dentro de los mismos, como dice el art. 1.139 CC, *«si la división fuere imposible»*.

Quizás el autor que ha defendido con mayor énfasis la existencia de

39. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., pág. 574.

40. Señala LORCA NAVARRETE, A. M.ª, *Introducción al Derecho Procesal,* Madrid, 1991, pág. 76, que la doctrina acerca del litisconsorcio necesario, si bien admite fisura cuando el litisconsorcio es activo, ha de ser rigurosamente aceptada cuando se trata de un litisconsorcio pasivo. De aquí que la elaboración del litisconsorcio necesario, se haya efectuado fundamentalmente desde el punto de vista del litisconsorcio pasivo necesario.

41. Por ejemplo, SSTS, 29 de diciembre de 1993, en RJ Aranzadi, 1993. 10.164; 12 de noviembre de 1994, en RJ Aranzadi, 1994. 8.472.

litisconsorcio necesario en el ejercicio de las acciones relativas a la denominada *«comunidad unitaria»*, haya sido CORTÉS DOMÍNGUEZ[42]. Afirma que por el carácter de un crédito en común o de un derecho en común (principalmente producidos en la comunidad hereditaria y en la comunidad de bienes), *«la demanda debe ser entablada por todos los copartícipes en conjunto; y lo mismo cabe decir de las deudas en común, de las que responde únicamente el patrimonio común»*. Incluso reconociendo que la comunidad que rige en nuestro derecho sea por cuotas, entiende, ello no obsta para que determinados derechos no puedan ejercitarse sino en mano común (derechos potestativos de desahucio, de retracto, el uso y habitación, etc.). Dentro de estas relaciones de comunidad[43], donde con mayor claridad parece derivar la existencia del litisconsorcio activo necesario quizás sea en el inicio del art. 1.139 CC cuando dice que *«si la división fuera imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos...»*. En ese caso, manifiesta DÁVILA MILLÁN[44], *«si se suscita ejercicio judicial acerca de una prestación indivisible, por uno solo de los varios acreedores mancomunados, estaríamos ante un supuesto de litisconsorcio activo necesario, que facultaría al deudor al no ser demandado por la totalidad de los acreedores a oponer una excepción fundada en la falta de legitimación activa del actor (carecería de acción)»*. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ[45], ni siquiera a favor de la comunidad podrían ejercerse acciones relativas a obligaciones indivisibles, porque *«si la existencia de pluralidad de titulares en la relación indivisible hace a esta peculiar en cuanto a su ejercicio judicial, con igual razón se deberá predicar lo mismo cuando esa relación obligacional se produce entremezclada con la comunidad. En segundo lugar, habría que preguntarse cómo se puede saber a priori cuando el ejercicio de una acción va a ser beneficiosa para todos, o si, en cambio, será perjudicial»*.

En el supuesto concreto del ejercicio de la acción resolutoria de un

42. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 381 y ss.

43. Advierte CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 400, no debe confundirse la comunidad unitaria de los derechos y obligaciones indivisibles porque, en el primer caso, los derechos son únicos, aun cuando en ellos participen diversas personas; en el segundo, los derechos y obligaciones son varios, aun cuando la prestación es siempre única.

44. DÁVILA MILLÁN, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, cit., págs. 76-7.

45. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 384.

arrendamiento, así como en otros semejantes, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[46] entiende que, en principio, cualquiera de los comuneros está legitimado activamente en cuanto el resultado obtenido beneficia al resto. Sin embargo plantea la posibilidad de que se entablara discusión entre los diversos copartícipes de la cosa común en cuanto a la continuación o no de la relación arrendaticia. Considera, por tanto, que no es muy adecuada la remisión a la legitimación extraordinaria atribuida a uno de los comuneros para el ejercicio de acciones que redunden en beneficio del resto de los copropietarios pues, entonces, la acción resolutoria debe contar con el beneplácito de todos o, en su caso, haber sido adoptada con arreglo a los criterios establecidos en nuestro Código Civil para la administración y mejor disfrute de la cosa común. Sostiene, en definitiva, que solamente se puede entender justificada la legitimación extraordinaria en aquellos supuestos en los que conste claramente que la acción resolutoria beneficia a la comunidad (desahucio por falta de pago). Y, por tanto, la excepción de litisconsorcio activo necesario deba apreciarse cuando no conste la posibilidad de disposición individual del derecho pretendido, acreditando la oposición del resto de los comuneros al ejercicio de la acción.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 1993[47], ha entendido que en la acción de nulidad de compraventa de un bien ganancial puede ser ejercida solamente por uno de los cónyuges, sin que, por tanto exista litisconsorcio activo necesario. Y la de 22 de diciembre de 1993[48] admite que la acción sobre un bien ganancial se ejercite por y contra uno de los cónyuges. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA[49], sobre la falta de litisconsorcio activo necesario omite cualquier otra consideración, remitiéndose al contenido de la sentencia. Sobre el pasivo (pero la valoración, en esencial, serviría para el activo igualmente), por razones puramente prácticas, ha advertido la inconveniencia de la decisión en cuanto, de ese modo —dice—, el demandante *«ha ganado el pleito, pero ha perdido el asunto. Pues a partir de ahora comenzará el calvario de con-*

46. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *STS de 18 de marzo de 1994. Falta de legitimación activa del actor o, en su caso, de litisconsorcio activo necesario...*, en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, 1994, págs. 899-901.

47. En RJ Aranzadi, 1993. 10.164.

48. Véase la sentencia y el comentario de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Litisconsorcio activo y pasivo necesario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de diciembre de 1993*, en Revista General de Derecho, 1994, pág. 11.041.

49. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Litisconsorcio activo y pasivo necesario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de diciembre de 1993*, cit., pág. 11.041.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

seguir o bien que firmen las señoras no demandadas, o a iniciar contra ellas un nuevo proceso para conseguir la sentencia favorable que las obligue a otorgar la escritura pública necesaria para acceder el acto de extinción de condominio al Registro de la Propiedad».

En los supuestos vistos de litisconsorcio necesario es lógico que, dentro del proceso, normalmente las partes se sitúen en la posición activa. Sin embargo, no será así necesariamente en cuanto nadie puede ser obligado a litigar, ni puede impedirse litigar al litisconsorte que lo desea aún con la pasividad o incluso la oposición del resto de comuneros.

V. La falta de fundamento del litisconsorcio activo como necesario

Creemos que puede afirmarse, rotundamente, que nuestro derecho en ocasiones está determinando la necesidad, y conveniencia, de que una pluralidad de personas se encuentren en el proceso. En ese sentido, hacemos propias la palabras de Serra Domínguez[50] cuando manifiesta que *«cuando una relación jurídica única en la que por su propia naturaleza estén interesadas diversas personas deba ser declarada en juicio, la declaración sólo podrá ser efectuada con eficacia cuando todas ellas estén presentes en el juicio. En otro caso la resolución judicial podría carecer de efectividad y el proceso se habría desarrollado inútilmente».* Ahora bien, que se determine una necesidad de pluralidad de partes no significa que tenga que ser siempre en alguna de las posiciones del proceso. Ya hemos visto como, aunque con matices, es de carácter general el litisconsorcio pasivo necesario. La razón para que sea precisamente en esta posición es el derecho de defensa que está en juego (el repetido *«nadie puede ser condenado sin ser oído»*). Pero creemos que, en el lado activo, el litisconsorcio como necesidad no existe en nuestro derecho nunca.

Esta afirmación, es verdad, puede parecer falta de fundamento atendidas las relaciones jurídicas referidas anteriormente. Es más, si nuestro derecho en algunas ocasiones expresamente exige, o puede inferirse de las obligaciones que regula, que se debe formular demanda frente a varios sujetos, es decir, si se establece el litisconsorcio necesario en el lado pasivo, en su consecuencia, también tendría que decirse lo mismo en el lado activo. Esta disquisición lógica, especie de *«geometría procesal»*, sirve para que en condiciones de normalidad podamos entender que una pluralidad de partes se sitúen en el lado activo. Así, cuando el 1.139 CC determina la necesidad del litisconsorcio necesario pasivo, del mismo modo, en principio, tendrá que determinar que los acreedores procedan también conjuntamente para hacer efectivo el crédito[51]. En efecto, así ocurrirá normalmente. Sin embargo, ello no significa que todos los litisconsortes se deban situar siempre en el lado activo ni, consecuentemente, que pueda afirmarse que el litisconsorcio en el lado activo sea necesario.

Creemos que es así partiendo de que nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado. Como afirmaba Couture[52], la libertad de demandar, que nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado, es un ejemplo de proposición ontológica de Derecho Procesal, esto es, de razón de ser de la conducta jurídica inherente a la sustancia del proceso que, a diferencia de las proposiciones lógicas que sólo son verdades de razón, son al mismo tiempo verdades de experiencia. Como viene manteniendo con reiteración y acierto la jurisprudencia, como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 1994[53]: *«esta Sala ha declarado (Sentencias de 10 de noviembre de 1992 y 3 de junio 1993 y otras) que no puede equipararse el litisconsorcio activo con el pasivo necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros».*

El litisconsorcio necesario, como tantas veces ocurre, es un problema relativo a la tutela judicial efectiva o al derecho de defensa constitucionalmente reconocido, afectado como consecuencia de la inescindibili-

50. Serra Domínguez, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio,* cit., pág. 588.

51. Indica Cortés Domínguez, M., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 383, que el recto sentido del art. 1.139 CC sea *«el de que los acreedores han de proceder también conjuntamente para hacer efectivo el crédito».* Por su parte, Cabañas García, J. C., *Litisconsorcio activo necesario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 10 de noviembre de 1992,* en «Sección de Derecho Procesal», Revista General de Derecho, 1993, pág. 11.728, partiendo de que el litisconsorcio activo responde entre sus fines a la garantía del principio jurídico natural de audiencia, incardinable en la cláusula del «proceso con todas las garantías» (art. 24,2 CE), considera que es aplicable, por un básico cumplimiento de la igualdad intraprocesal, a ambas partes de la contienda. Para que, en definitiva, la afirmación «nadie puede ser condenado», se redefina concibiéndolo como «ninguna de las partes» —efectivamente llamadas o no a la causa— puede ser afectada por una sentencia.

52. Couture, E. J., *Algunas proposiciones para la ciencia del proceso y la interpretación de las leyes procesales,* en «Actas del I Concregro Ibero-americano y filipino de Derecho Procesal», (con otros), Madrid, 1955, págs. 319-20.

53. En RJ Aranzadi, 1994. 8.472.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dad de la relación jurídica digna de salvaguarda y, en ese sentido, fundamento último de aquél[54]. Desde esta perspectiva, si la necesidad del litisconsorcio, particularmente en el lado pasivo, salvaguarda el derecho de defensa de las partes; por contra, la exigencia de que todos los titulares de un derecho (por la razón que sea) tengan que formular demanda, limita y puede impedir la tutela judicial efectiva de quien individualmente, con la pasividad o hasta la oposición de los cotitulares, tiene interés en ejercitar la correspondiente acción.

Ante la importancia del derecho constitucional de defensa, creemos, cede cualquier otra consideración, incluida la que realiza el propio Tribunal Supremo en la continuación del párrafo acabado de transcribir, cuando dice que nadie puede ser obligado a litigar, *«a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejercitarse sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de legitimación "ad causam"»*). Y lo decimos porque entendemos que cuando proceda la necesidad y la conveniencia del litisconsorcio, especialmente cuando se trate del activo, la necesidad se limita a que determinados sujetos se encuentren en el proceso, con independencia de la posición que adopten.

VI. Tratamiento unitario de la excepción de litisconsorcio necesario

Como ya advertimos, no conocemos pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo que haya estimado la excepción de litisconsorcio activo necesario. Es más, el mismo Tribunal viene afirmando su carácter innecesario. Por ejemplo dice en su Sentencia de 12 de noviembre de 1994[55] que *«el litisconsorcio activo es de carácter facultativo, ya que, como se deduce de la Sentencia de 4 de mayo de 1983, la situación procesal y sustantiva no se sujeta a patrones fijos y por ello no puede ser ninguna condicionada o impelida a formular una acción que no cree interesarle»*. Y todavía con mayor rotundidad, la Sentencia de 4 de julio de 1994[56] alude a la *«inexistente legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario»*.

54. Fernández López, M. A., *Derecho Procesal Civil,* I, (con De la Oliva), Madrid, 1990, pág. 457. Véase la jurisprudencia que reproduce Dávila Millán, M. E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal,* cit., págs 87-9.

55. En RJ Aranzadi, 1994. 8.472.

56. En RJ Aranzadi, 1994. 5.547.

Hasta ahí compartimos la opinión del Tribunal Supremo. Pero creemos que la inexistencia de la necesidad del litisconsorcio activo no significa que los sujetos correspondientes pueden quedar fuera del proceso, con las graves consecuencias que trae consigo. No obstante, el Tribunal Supremo, por ejemplo, la misma Sentencia de 4 de julio de 1994, sostiene que *«es de toda evidencia que la recurrente tiene a su disposición el ejercicio de las acciones que estime oportunas en defensa de sus derechos, sin que la sentencia recaída en esta litis tenga efecto alguno de cosa juzgada que precluya su posición procesal y sustantiva, ni le impida en lo más mínimo la defensa de sus derechos»*.

Si de verdad se deriva de la relación jurídica un litisconsorcio necesario, todos han de encontrarse en el proceso, incluso cuando alguno de los cotitulares actúe o pueda actuar en beneficio de la comunidad. Del mismo modo, todavía nos parece más infundada la opinión de que una eventual resolución afecte a todos los cotitulares en cuanto les favorezca, pero no en caso contrario. Ello ya no solo por las dificultades de determinar, sobre todo *a priori*, cuándo se actúa o no en beneficio del resto, sino porque estaría posibilitando objetivamente la actuación abusiva del derecho. Veamos un ejemplo: Cinco personas formalizan un contrato con otro cuya prestación cabe entender indivisible. Ante la negativa de realizarla uno de ellos podría iniciar proceso pidiendo su cumplimiento y tras unos cinco o diez años de pleito, pueda vencer, favoreciendo al resto. En caso contrario, un segundo sujeto podría iniciar el correspondiente pleito, y así sucesivamente con el resto. En conclusión, aun siendo optimistas respecto a la duración de los correspondientes procesos, el demandado podría estar treinta o más años pleiteando en cinco causas «distintas» subjetivamente pero idénticas en su objeto.

Tampoco creemos que pueda decirse que el tratamiento procesal de la excepción de litisconsorcio necesario sea diverso en el lado activo o en el pasivo. No vamos a entrar en este momento en la naturaleza material o procesal del litisconsorcio, ni en si su estimación deberá determinar una resolución de absolución en la instancia o de desestimación de la pretensión. Lo que nos interesa ahora es resaltar que, si la necesidad del litisconsorcio se refiere esencialmente a que varios sujetos formen parte del proceso, sin que importe tanto la posición en que se deban situar esos sujetos, el tratamiento procesal de la excepción de litisconsorcio tiene que ser único, con independencia de donde se hallen o deban hallarse los sujetos. La propia necesidad legal de que varios sujetos concurran en el proceso determina que, si se ha de estimar, se haga con independencia de la posición que eventualmente hayan adoptado en el pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ceso. Esto es, que si no se encuentren los cotitulares del derecho, sea estimada la correspondiente excepción de litisconsorcio necesario, llámese como se quiera, activo o pasivo, porque lo importante es que no se ha cumplido la necesidad del litisconsorcio. Todo lo anterior, en resumen, porque la excepción es la de infracción del litisconsorcio necesario.

VII. La necesidad del litisconsorcio y su inexistencia en la posición activa: la demanda frente al cotitular

Si bien nos fijamos, se presentan dos hechos aparentemente contradictorios: 1.º) Que, en determinadas relaciones, es necesario el litisconsorcio; 2º) Que nadie puede ser obligado a formular demanda si no lo desea. Pero, contrariamente a lo que pueda parecer, es posible conjugarlos en cuanto, si bien es cierto que a nadie se le puede hacer participar en el proceso como demandante, sí se le puede vincular, en el lado pasivo, como demandado. En este sentido, Redenti[57] advierte que *«puede ocurrir que todos los condóminos accionen simultáneamente y de común acuerdo en confessoria servitutis contra el propietario del fundo sirviente (y en tal caso la posición procesal de los varios condóminos actores coincidirá con su posición de sujetos activos de la acción); pero podrá también ocurrir que sólo uno o alguno de ellos quiera accionar y los otros no. Queda firme también en este caso la regla de que todos deben participar en el proceso, pero el que de ellos quiera accionar, se encontrará, precisamente por eso, en la necesidad de llamar en juicio, no sólo al propietario del fundo sirviente, sino también a los demás condóminos. Y entonces, estos últimos estarán procesalmente en posición de demandados, in ius vocati, mientras que respecto de la acción y del derecho que se hace valer, tienen posición de sujetos activos»*. En definitiva, concluye, *«cuando haya una (necesaria) pluralidad de partes, puede también ocurrir, como ya hemos advertido, que la posición procesal de algún sujeto no coincida, y hasta sea inversa, respecto a la posición sustancial»*.

No encontramos ningún inconveniente, y sí muchas ventajas, para que en un proceso litisconsorcial puedan ser demandados los cotitulares que, por pasividad o por negativa expresa al ejercicio de la acción, no se hayan situado en la posición activa del proceso. Entiéndase que, partiendo de la necesidad de que todos los titulares se encuentren en un proceso único, en esos casos el conflicto entre ellos existe siempre. De ese modo, podemos concluir que el litisconsorcio activo, como necesario, no existe en nuestro derecho nunca porque todos los titulares que deban ser elemento subjetivo de un proceso pueden ser vinculados al mismo, si no como demandantes, sí como demandados.

57. Redenti, E., *Derecho Procesal Civil,* I, cit., págs. 235 y 238.

Para finalizar, sólo advertir que esta conclusión puede plantear algunas dudas, si bien creemos que de carácter menor. Por ejemplo: a) Puede parecer problemática la aplicación de las normas sobre costas. Sin embargo, no es así porque, en el caso de que esté de acuerdo con el actor respecto a la acción ejercitada siempre podrá allanarse, incluso sin costas si se realiza antes de la contestación a la demanda (523,3 LEC). Por supuesto, sin que ese allanamiento, como tampoco la transacción, el desestimiento o la renuncia de alguno de los demandados, afecte a los demás[58]. En cambio, si contesta a la acción, su aplicación será la ordinaria a la de cualquier otro demandado, incluso a los efectos del art. 531 LEC; b) Tampoco creemos que la ejecución plantee graves problemas. Piénsese que la mayor parte de los supuestos de litisconsorcio necesario se dan en las pretensiones constitutivas o en las declarativas puras, por tanto, sin que la sentencia eventualmente favorable que se dicte tenga ejecución propiamente dicha. Más complejo sería en las de condena. En el supuesto de que se dé en las mismas, en todo caso, no creemos que al final fuera inviable una transmisión forzosa a favor de un demandado; c) Quizás las mayores dudas interpretativas se den en la determinación de la competencia territorial. En principio, dado que el fuero del domicilio es de aplicación general (básicamente, art. 62 LEC)[59], como la competencia es la del domicilio de alguno de los demandados a elección del demandante, podría darse el fraude de demandar a algún cotitular a los solos efectos de conseguir la competencia en un territorio inconveniente para los otros demandados. En estos casos, en opinión de Gómez Orbaneja[60], con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien la acumulación es determinante del fuero y el demandante tiene derecho de elección, la acumulación no debe ser arbitraria, de suerte que con ella se pueda perjudicar el fuero de cada demandado.

En cualquier caso, los problemas puntuales que puedan surgir no son obstáculo para afirmar que la necesidad del litisconsorcio, junto a la

58. Fairén Guillén, V., *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil,* cit., pág. 148.

59. Véase Peláez del Rosal, M., *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa,* Barcelona, 1974, págs. 71 y ss.

60. Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Civil,* I, (con Herce), Madrid, 1975, pág. 163.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

imposibilidad de obligar a los cotitulares de ciertos derechos o bienes, se conjuga con la posibilidad de que el demandante formule demanda también frente a los cotitulares que por pasividad o por oposición no se hayan situado en la posición activa. De modo que pueda afirmarse, en ese sentido, que el litisconsorcio activo es innecesario.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL SECRETARIO JUDICIAL. CONCEPTO Y COMPLEMENTO

José Francisco Escudero Moratalla
Secretario Judicial Juzgado Social n.º 2
Profesor de la Universidad de Girona
Joaquín Frigola Vallina
Licenciado en Derecho

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. El Secretario Judicial. configuración actual. — 3. El Secretario Judicial. Acepciones. — 4. El Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. — 5. El nuevo contexto para la Secretaría Judicial. — 6. La crisis del derecho. — 7. Conclusión: el Secretario Judicial como complemento para un nuevo enfoque de aplicación del derecho.

1. Introducción

«Las piedras de los tropiezos forman peldaños para quien no teme el fracaso, ni la calumnia, ni el ridículo, ni rehuye responsabilidades y siempre se mantiene con su brújula en dirección a la verdad». (Gandhi).

Una vez más, la lectura atenta de la Memoria que el Consejo General del Poder Judicial remite a las Cortes Generales y al Gobierno de la Nación, con la relación circunstanciada de las necesidades de la Admi-

nistración de Justicia, nos sorprende y sigue configurando esa sensación de impotencia enfermiza y esa viscosa falta de claridad de lo que debiera ser la Secretaría u Oficina judicial, y más en concreto, de la figura del Secretario Judicial.

Así, se vuelve a reconocer en esta Memoria, que la Secretaría, estaba diseñada en su origen, para una sociedad rural, escasamente industrializada en la que toda actividad giraba en torno a dos tareas, la del Juez y la del Secretario, colaborando el personal auxiliar en la realización de esta actividad, sin atribución de competencias propias, ni asunción de responsabilidad en el reparto de tareas; diseño caduco, que no responde a las necesidades actuales, propias de una sociedad post-industrial, más dinámica y compleja, y que precisa un organigrama judicial, con una estructura, organización y funcionamiento más acorde con la nueva situación planteada.

Todo ello, necesariamente determina, reformas procesales paralelas, para aplicar las leyes y posibilitar el ejercicio del derecho que tienen todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos conforme al art. 24 CE, configurando de este modo, una serie de cauces jurídicos a las controversias, que fatalmente han de surgir en la vida de relación entre los hombres, y que hoy, son objeto de estudio del Derecho rituario o procesal.

Esta rama del Derecho, que posee una autonomía propia adquirida el siglo pasado, y que ha sido calificada como «ancillar» (esclava) y «vicariante» (emisaria), respecto del resto de ramas del Derecho (no podemos concebir la aplicación del derecho civil, sin la existencia de una L.E. Civ.), hoy ha adquirido una relevancia inusitada. Y ello, hasta tal punto, que de hecho, son la reforma de los procedimientos y la configuración de la Oficina judicial, los dos temas más candentes. Es más, en el campo procesal, desde hace muchos años, no ha existido una política legislativa estructurada y coherente. Las quejas sobre el lamentable estado de la legislación procesal se han echado siempre en saco roto. Los indicios demuestran que se ha legislado al azar, improvisando y respondiendo a estímulos que no parece que tengan nada que ver con una planificación legislativa consciente y conforme a programa alguno. La lectura que un espectador pudiera hacer de alguna de las reformas de los últimos años, descubre matices que, buenos o malos, dejan al descubierto ciertas situaciones que, a veces, rozan el ridículo.

De un lado, las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales, muchas de ellas, obsoletas, datadas en el siglo pasado y objeto de numerosas reformas urgentes y parciales, y de otro, las disposiciones re-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guladoras de la intervención de los sujetos dentro del proceso (LOPJ, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios, etc.), determinan una situación de diplonomia, de inseguridad y confrontación profesional, que origina mendaces interpretaciones y usos arbitrarios tanto por acción como por omisión de las facultades propias de todos aquellos que intervienen en la dinámica del procedimiento, y que la mayor parte de las veces se resuelven, en detrimento de las competencias del Secretario Judicial, recordando en este aspecto, aquella celebre frase de Lafontaine, cuando decía que *«la raison del plus fort, cést toujours la meilleure»,* o sea, que la razón del más fuerte, es siempre la mejor, en este caso, la razón de los jueces.

Parece imprescindible, llegado este momento, fomentar un cambio de mentalidad y afrontar una serie de reformas, la primera de las cuales, es cambiar el marco de las relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, provocando una interpretación amplia del Título VI de la CE de 1978, y una adecuación de las leyes procesales y Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, con la finalidad de promover un óptimo aprovechamiento de la organización jurisdiccional.

Tras reiterados intentos de esbozar el modelo de oficina judicial, se nos presenta la disyuntiva de suprimir la figura del Secretario Judicial, por inútil, superflua e innecesaria, o al contrario, potenciar su misión dentro del proceso y redefinir sus funciones en orden a su calidad de fedatario público, director de la secretaría e impulsor de la actividad procesal, acercando sus tareas a la cualificación profesional que le caracteriza, ya que su función en la actualidad, sigue siendo tributaria del pasado próximo, atribuyéndosele como tareas básicas, la comunicación con el exterior (recepción de escritos y actos de comunicación), la dación de cuenta al Juez, el impulso del procedimiento de acuerdo con al LOPJ, y la fe pública procesal, emblema carismático del Secretario, pero que hoy, ha quedado desfasada por su configuración burocrática y exclusiva, y de la que se exige una pronta actualización. Es pues necesario, en palabras del propio Consejo General del Poder Judicial «clarificar», el alcance de las diversas potestades que concurren en el órgano jurisdiccional y crear un nuevo Secretario Judicial, como figura clave de la reforma, como depositario del tacto necesario de la habilidad para hacer lograr que otros vean la luz, sin necesidad de hacerle sentir el rayo[1].

Con el ánimo de aportar nuevas ideas para solucionar viejos problemas,

1. (Henry Kissinger).

que afectan a nuestra sociedad en conflicto, van encaminadas las presentes elucubraciones. Se busca en definitiva de sumar, de aunar esfuerzos, no de dividir, ni marginar profesionales. Los perros luchan unos contra otros, pero se unen para hacer frente al lobo. Nuestro lobo, es la ineficacia, las dilaciones indebidas, la complejidad y burocratización excesiva del procedimiento, el dogmatismo jurídico y en general, toda una serie de circunstancias que impiden una aplicación del derecho, conceptuado como servicio público al que tiene derecho el ciudadano, más actual, democrático, y en sintonía con los tiempos presentes.

2. Configuración actual del cuerpo de secretarios judiciales

2.1. *Antecedentes remotos*

Los precedentes remotos del Secretario Judicial, no es posible encontrarlos en las sociedades primitivas, en donde la justicia se aplicaba de modo personalista por los jefes del grupo comunitario. En esos momentos, la única función relevante, era la decisoria, no se exigía la permanencia de los materiales constitutivos del proceso, ni formalidad en las decisiones. Con el transcurso del tiempo y la conformación de las diversas civilizaciones, el trabajo jurisdiccional se complica, aparecen las instancias jurisdiccionales superiores[2] revisoras de las anteriores, y en donde el Tribunal superior ha de tener una constancia exacta de los materiales precedentes y de las resoluciones de los jueces inferiores, así como un mayor respeto a las partes intervinientes en el proceso. La función más o menos libremente concebida y ejercida de juzgar, exige una serie de condiciones de tipo técnico, principalmente documentador[3], que

2. Ya decía Aristóteles: «Mira una vez para ver lo bello, pero mira dos para ver lo justo», reconociendo ese margen de posible error que implica la aplicación del derecho.

3. Sáez González, J., *Una nota histórica: primeras noticias sobre la actividad de documentación procesal en nuestro derecho,* Rev. Justicia 95. Edit. Bosch. El mencionado autor aporta dos textos del Fuero Juzgo para mantener las siguientes conclusiones:

«No hay fe pública, al menos no hay fidelidad entregada al escribano, ya que el sello pertenece al juez: es el propio juzgador quien tiene a su cuidado el control de los documentos, sin duda alguna extendidos por escribanos en nada semejantes a los que veremos con posterioridad, salvo por el detalle, nada desdeñable, de que todos sabían escribir..... Así podemos afirmar. Primero, que habiendo existido con anterioridad precedentes de la figura del Escribano, hoy Secretario Judicial, ya en lo que podemos considerar las primeras manifestaciones de nuestro derecho escrito, si por tal entendemos el derecho visigodo y pese a ser en gran medida expresión del derecho romano vigente en

provoca la eclosión de una nueva figura procesal. Así en Roma, las figuras de los «tabularii», «notarii», «actuarii», y en los pueblos germánicos, las de los «refrendarius» y «cancellarius», respondían a esta idea. Eran simples colaboradores de los jueces o de los príncipes que perpetuaban sus decisiones con la técnica de la escritura, logrando con ello una prueba del hecho relatado, pero no se daba a la misma un valor intrínseco, ya que en muchas ocasiones se siguieron utilizando los testigos para garantizar la verdad de lo narrado.

La Decretal del Papa Inocencio III al Concilio de Letrán, supuso un hito histórico de especial transcendencia en la formación del Secretario Judicial actual. Con el fin de evitar la posible indefensión del justiciable; como garantía del litigante frente a las arbitrariedades y excesos que podían cometer algunos jueces, se dispuso que en todo juicio ordinario o extraordinario, estuviese siempre presente una persona pública, si pudiera ser habida, o dos varones idóneos, que recogieran fielmente todos los actos del juicio que acaecieren, reflejándolos en el orden oportuno y designando lugares, tiempos y personas.

Esta institución, no quedo limitada al Derecho canónico, extendiéndose a los Tribunales seculares la adscripción con carácter permanente, de un funcionario que da fe de las actuaciones de los juicios, con fines de seguridad para el Juez y para las partes. Así en la España cristiana medieval, el Fuero Real, reguló la figura del funcionario al que se le dio el nombre de «Escribano», cuya función era intervenir en los pleitos, las ventas, las compras, las deudas y las otras cosas que sean puestas entre los hombres por juicio o de cualquier otra manera, de forma que no

la época, ya se encuentra presente la documentación en el pleito como un elemento de garantía del mismo, realizada en este caso, por el propio juez. Segundo, que con toda seguridad esos escritos debían tener cierta utilidad en las apelaciones ante el príncipe, no porque claramente se derive de una norma determinada que los documentos del proceso tengan esa finalidad, sino porque del conjunto de las normas se desprende la posibilidad real de que tuvieran tal cometido por la vía de hecho. de lo que no cabe duda es de que el documento que se levanta, se llame acta o de otra forma, tiene como función dar seguridad a las partes de lo que se decide... Hay por consiguiente una función de garantía. Y tercero, que desde el año 605 aproximadamente, existe la posibilidad cierta de la utilización de la documentación procesal para garantizar ciertos aspectos del proceso entre los que no hay por qué descartar el apoyo a las apelaciones de las decisiones judiciales ante el príncipe». Lo dicho viene a trastocar planteamiento a los que nos habíamos acostumbrado. Hasta ahora era opinión generalizada el ver la actividad de documentación como una consecuencia de la fe pública. Porque nace el escribano y su función fedadora, es precisa la documentación. Sin embargo los textos del Fuero Juzgo, nos guían hacía posiciones diferentes y en nuestra historia procesal, antes de que apareciera la fe pública, ya existía la actividad de documentación, tanto como medio milenio más o menos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ofrezcan dubta y para que no surja contienda o desacuerdo entre ellos (Ley I, Tít. VIII, Libro 1.º). En las Partidas, en la Ley III, se regula detalladamente la figura del Escribano, existiendo todavía residuos de la fe pública puramente testifical.

En la España musulmana, al lado del Cadí (juez), y para redactar los documentos procesales, estaba el Catib (o secretario).

Para hacer innecesarios los testigos, sustituyéndolos por la autenticación que era precisa, inicialmente se acude a los únicos depositarios de la fe pública existentes, los escribanos que eran adscritos al desarrollo de sus funciones junto a los jueces. Las leyes posteriores, desde el siglo XIV, crean y organizan la fe pública dentro de la jurisdicción. Su importancia es evidente, y así lo demuestran las palabras del rey Carlos III, en la Instrucción de Corregidores de 1788, en la que se refiere a los Secretarios con estas palabras:

> *«De la fidelidad y legalidad de los escribanos depende en la mayor parte, no sólo la recta Administración de la justicia, sino la quietud y tranquilidad de los pueblos, la vida, honras y haciendas de los vasallos».*

A partir de aquí, la evolución de su cargo queda paralizada[4], dándose más importancia a la función auxiliar, que a la función autenticadora y documentadora. El deslinde de atribuciones con los Notarios, iniciado con la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, se consuma con el RD de 4 de agosto de 1866, separando las funciones de la fe pública judicial y extrajudicial, que hasta entonces había sido ejercida por un solo funcionario[5].

La LOPJ de 1870, incluía a los Secretarios Judiciales en el Título IX, bajo la rúbrica «De los auxiliares de los Juzgados y Tribunales», junto con los Archiveros Judiciales y Oficiales de Sala. El RD de 1 de junio de 1911, completó la organización del Secretario Judicial, cancelando definitivamente todas las denominaciones que no sean las de «Secretario», impuesta por la LOPJ vista. El art. 2, les considera como funcionarios públicos permanentes con facultad propia para auxiliar a los jueces y dar fe en todos los actos y asuntos cuyo conocimiento les corresponda, atribuyéndoles expresamente el art. 4, el ejercicio de la fe pública. El mismo criterio se mantiene en la Ley de 8 de junio de 1947 y Decreto de 2 de mayo de 1968, por el que se aprobaba el primer Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretario Judiciales.

4. FERNÁNDEZ CORREDERA, C., *La determinación legal y doctrinal del personal al servicio de la Administración de Justicia.* Jornadas del Ministerio de Justicia sobre «La responsabilidad del personal al servicio de la Administración de Justicia», 1995.

5. Atribuyendo al Notario la función de «dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales» (art. 1).

2.2. *Antecedentes próximos*

El Secretariado de la Administración de Justicia ha sufrido a lo largo del tiempo diversos avatares, que implicaron la existencia de numerosos Cuerpos de Secretarios. De este modo, en los últimos años, existían los siguientes Cuerpos:

— Secretarios de los Tribunales, que desempeñaban sus funciones en los órganos colegiados: Tribunal Supremo y Audiencias.

— Secretarios de la Administración de Justicia, que prestaban sus funciones en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

— Secretarios de Distrito, que ejercían sus funciones en los ya desaparecidos Juzgados de Distrito.

— Secretarios de Juzgados de Paz, que desempeñaban y continúan desempeñando sus servicios en los Juzgados de Paz de más de 7.000 habitantes, mientras que en los demás Juzgados de Paz, sus funciones eran asumidas por los Secretarios del Ayuntamiento

Y además estaban los Secretarios de las Magistraturas de Trabajo (actuales Juzgados de lo Social), que constituían una categoría independiente.

2.3. *Unificación de cuerpos*

La Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre, procedió a la integración en un sólo Cuerpo, de los tres primeros, quedando subsistentes como Cuerpos independientes los de los Juzgados de Paz y de Magistraturas de Trabajo. Posteriormente, la LOPJ de 1 de julio de 1985, vuelve a reformar el Cuerpo de Secretarios de la siguiente forma:

Los Secretarios Judiciales integran un solo Cuerpo, con tres categorías: 1.ª, 2.ª y 3.ª, regido por la LOPJ y por su Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, modificado parcialmente por el RD 250/1996, de 16 de febrero. En consecuencia:

a) Los Secretarios de Magistratura de Trabajo se integraron en el Cuerpo único de Secretarios Judiciales.

b) Desaparecerá el Cuerpo de Secretarios de Juzgados de Paz de más de 7.000 habitantes, que se declara a extinguir.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2.4. *Concepto*

2.4.1. Definición

La figura del Secretario Judicial se encuentra definida en el artículo 1.º del citado Reglamento Orgánico aprobado por RD 429/1988, de 29 de abril, que dice que:

> *«Los Secretarios Judiciales son funcionarios públicos, de carácter técnico, que constituyen bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, un Cuerpo Nacional Titulado Superior al servicio de la Administración de Justicia».*

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta la nueva redacción del artículo 455 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que otorga las competencias respecto al personal al servicio de la Administración de Justicia al...

> *«Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas, en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario».*

Ello ha hecho necesario articular el régimen de colaboración de los Secretarios Judiciales, para asegurar que las instrucciones que dimanen de las CCAA en materia de su competencia tengan su efectivo cumplimiento, todo ello estrictamente en la condición de Jefes de Personal de la Oficina Judicial que ostentan los Secretarios Judiciales. Y, dicha articulación se plasma en el Real Decreto 250/1996, de 16 de febrero, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que añade la siguiente disposición adicional:

> *«Disposición adicional única:*
>
> *En aquellas Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia, los Secretarios Judiciales destinados en los órganos judiciales del territorio correspondiente colaborarán, en su calidad de Jefes de Personal previsto en el artículo 8.1 de este Reglamento, con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la efectividad de las funciones que ostenten en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia.*

> *Asimismo, en la citada calidad de Jefes de Personal, estarán obligados a respetar las comunicaciones, órdenes e instrucciones que reglamentariamente reciban de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, y que se deriven exclusivamente de las funciones transferidas, en los términos establecidos en los Reglamentos Orgánicos del Cuerpo de Médicos Forenses, así como de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia»*

2.4.2. Carácter, régimen jurídico y económico, categorías, prerrogativas y sello

— Los Secretarios Judiciales, con el carácter de autoridad, ejercen con autonomía e independencia la fe pública judicial, y desempeñan las funciones de dirección de la Oficina Judicial y ordenación del proceso que le atribuyen las leyes.
— Los Secretarios Judiciales serán remunerados tal como señalan las leyes, nunca por arancel.
— En cuanto al régimen jurídico, les será aplicable la LOPJ, el Reglamento Orgánico, y con carácter supletorio, lo dispuesto en la legislación general del Estado sobre la función pública.
— Las categorías del Cuerpo de Secretarios Judiciales son tres, según el órgano judicial donde presten sus servicios, así:

1.ª Categoría: Las plazas de Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo, Secretarios de Sala de dicho Alto Tribunal, Secretario de Gobierno de la Audiencia Nacional y Secretario de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.ª Categoría; Las plazas de Secretarios de las Sala de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Provinciales y de Juzgados servidos por Magistrados.

3.ª Categoría: Las Secretarías de los Juzgados que no han de ser servidos por Magistrados.

— En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Secretarios Judiciales usarán toga y, en estrados, se sentarán a la misma altura que los Jueces y Magistrados, Abogados y Procurados, y tendrán el siguiente tratamiento: Señoría Ilustrísima para el Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, y tratamiento de Señoría para los restantes Secretarios Judiciales.
— Los Secretarios utilizarán un sello para ser estampado al lado de su firma, dicho sello tendrá la denominación de la Secretaría de Sala o del Juzgado que corresponda y la indicación de la población donde

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

esté sito el órgano judicial. El sello llevará en el centro la inscripción fe pública judicial.

2.5. *Ingreso en el Cuerpo de Secretarios Judiciales*

2.5.1. Formas de ingreso

El ingreso en el Cuerpo de Secretarios Judiciales tendrá lugar por la tercera categoría.

A) Promoción interna. Se reservará en el Cuerpo de Secretarios Judiciales una de cada seis vacantes de la tercera categoría, mediante concurso, al personal del Cuerpo de Oficiales que estén en posesión del título de Licenciado en Derecho y lleve, al menos, cinco años de servicios efectivos en aquél.

B) Turno libre. Las restantes vacantes se cubrirán en turno libre mediante oposiciones que convocará el Ministerio de Justicia entre quienes estén en posesión del título de Licenciados en Derecho. Las vacantes que no se cubran por el turno restringido acrecerán el turno libre.

2.5.2. Principios de selección

La selección de Secretarios Judiciales se efectuará mediante convocatoria pública, que se efectuará cuando menos, una vez al año, y en todo caso habrá de respetar los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. Las oposiciones y concursos serán convocados simultáneamente por el Ministerio de Justicia para proveer las vacantes existentes en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, como las que puedan producirse hasta la finalización de la convocatoria. Las CCAA instarán del Ministerio de Justicia la convocatoria de las correspondientes oposiciones y concursos cuando existieren vacantes en el ámbito territorial respectivo. Las normas sobre la convocatoria se aprobarán por el Ministerio de Justicia mediante Orden.

2.5.3. Requisitos

Los aspirantes a ingreso en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, para ser admitidos en las oposiciones por turno libre, deberán reunir en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias, las siguientes condiciones:

1. Ser español mayor de edad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. Ser Licenciado en Derecho.

3. No haber sido condenado ni estar procesados o inculpados por delito doloso, a menos que hubieran obtenido la rehabilitación o hubiera recaído en la causa auto de sobreseimiento

4. Hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

5. No hallarse inhabilitado para el ejercicio de sus funciones públicas.

6. No haber sido separado, mediante procedimiento disciplinario, de un Cuerpo del Estado, de las CCAA o de las Administraciones locales, ni suspendidos para el ejercicio de funciones públicas, en vía disciplinaria o judicial, salvo que hubieran sido debidamente rehabilitados.

7. No padecer enfermedad o defecto físico o psíquico que les impida el desempeño del cargo.

2.5.4. Curso de selección

Los aspirantes que hayan superado el concurso o las oposiciones y acreditado, dentro del plazo reglamentario, reunir los requisitos exigidos para tomar parte en uno y otras, seguirán con el carácter de funcionario en prácticas un curso de selección en el Centro de Estudios Judiciales, que se desarrollará y resolverá conforme a lo prevenido en su Reglamento.

2.6. *Adquisición y perdida de la condición de secretario judicial*

2.6.1. Nombramiento. Art. 21

Los aspirantes que superen el curso selectivo en el Centro de Estudios Judiciales, serán nombrados Secretarios Judiciales por Orden del Ministerio de Justicia. Los nombramientos se remitirán al Presidente del Tribunal o Audiencia a quien corresponda dar o mandar dar posesión a los nombrados. Los que ejerciendo cualquier empleo, cargo o profesión incompatible o prohibida (art. 65), fueren nombrados Secretarios Judiciales, deberán optar, en el plazo de ocho días, por uno u otro cargo o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible.

2.6.2. Juramento o promesa y toma de posesión. Art. 22

La condición de Secretario Judicial se adquirirá desde la toma de posesión en el primer destino, previo juramento o promesa prestado con

la fórmula siguiente: «*Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona y cumplir los deberes de mi cargo de Secretario Judicial frente a todos*». El juramento o promesa se prestará ante el Presidente del Tribunal, el de la Audiencia, o ante el Juez donde sea destinado el funcionario, según corresponda. La subsiguiente posesión se efectuará ante las mismas autoridades. La posesión se hará constar en el Libro de Personal existente en el órgano y se pondrá en conocimiento del Ministerio de Justicia para constancia en el expediente personal del interesado. El que se negare a prestar juramento o promesa, o sin justa causa dejare de tomar posesión, se entenderá que renuncia al cargo y a formar parte del Cuerpo, debiéndose dar cuenta de ello por el órgano respectivo al Ministerio de Justicia. Si concurriere justo impedimento en la falta de presentación para la toma de posesión, podrá ser rehabilitado el aspirante. La rehabilitación se acordará por el Ministerio de Justicia, a solicitud del interesado. El rehabilitado, en tal caso, deberá presentarse a prestar juramento o promesa y posesionarse de su cargo en el plazo que se le señale, que no podrá ser superior a la mitad del plazo normal. Si la plaza a la que haya sido destinado hubiera sido cubierta, será destinado a la que elija de las vacantes desiertas en el último concurso, si existieren, y en otro caso será destinado forzoso.

2.6.3. Plazo posesorio. Art. 23

El plazo para tomar posesión del cargo de Secretario judicial es el de veinte días naturales contados desde el día siguiente al de la fecha de la publicación de los respectivos nombramientos en el Boletín Oficial del Estado. En todo caso, la referida posesión habrá de tener lugar dentro de los tres días siguientes al de la prestación del juramento o promesa. En justificados casos, el Ministerio de Justicia, de oficio o a instancias de los interesados, podrá reducir o ampliar en la medida necesaria tales plazos.

2.6.4. Pérdida de la condición de Secretario Judicial. Art. 24

La condición de Secretario Judicial se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes:

a) Fallecimiento.

b) Renuncia. Se entenderán incursos en este supuesto quienes se negaren a prestar juramento o promesa, o sin justa causa dejaren de tomar

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

posesión. Por otra parte, la renuncia a la condición de Secretario ha de ser formulada por el interesado mediante escrito y no surtirá efecto hasta que su aceptación sea comunicada por el Ministerio de Justicia (art. 25).

c) Pérdida de la nacionalidad española.

d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para el desempeño de cargos públicos. Los Tribunales que dictaren estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Ministerio de Justicia, una vez que hubieran ganado firmeza.

e) Sanción disciplinaria de separación del servicio.

f) Incapacidad sobrevenida por condena por delito doloso, mientras no se haya obtenido la rehabilitación.

La relación funcionarial se extingue también en virtud de jubilación.

2.7. *Provisión de vacantes. Art. 33*

El Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo serán nombrados, entre Secretarios de la 1.ª categoría que lo soliciten, por el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, entre los peticionarios que acrediten más de quince años de servicios efectivos. Las restantes vacante del Cuerpo se anunciarán a concurso de traslado entre Secretarios de la categoría que corresponda, y el nombramiento recaerá en el solicitante con mejor puesto escalafonal. La plaza o plazas que resulten desiertas se proveerán con quienes sean promovidos a la categoría correspondiente o ingresen en el Cuerpo, según criterios de antigüedad. La promoción a la primera categoría se hará por concurso entre Secretarios de segunda, que se resolverá en favor del concursante que ostentó el mejor puesto en el escalafón. De cada tres vacantes que se produzcan en la segunda categoría, dos se proveerán con los Secretarios de la tercera categoría que ocuparen el primer lugar en el escalafón y una por medio de pruebas selectivas entre Secretarios de la tercera categoría que hubieran prestado tres años de servicio en ella. Las plazas de este turno que quedaren desiertas acrecerán al turno de antigüedad. Podrán cubrirse en régimen de provisión temporal las Secretarías que hayan de ser servidas por miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales de la última categoría que resulten desiertas en los concursos de traslado y no puedan ser provistas hasta que se celebren nuevas pruebas de ingreso en dicho Cuerpo, cuando no puedan atenderse adecuadamente mediante el mecanismo ordinario de sustitución o éste sea insuficiente para asegurar su regular funcionamiento.

2.8. *Sustituciones. Art. 59*

Los Secretarios serán sustituidos con sujeción a las siguiente reglas:

a) El Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, por el Vicesecretario y, en su defecto, por el Secretario de Sala más antiguo.

b) Los Secretarios de Gobierno de los restantes Tribunales, por turno entre los Secretarios de Sala.

c) Los Secretarios de Sala y los de las Audiencias Provinciales, por los demás de la propia Sala o Audiencia y, en su defecto, por los de las restantes Salas, o por un Oficial, con preferencia para los Licenciados en Derecho.

d) Los Secretarios de Juzgados se sustituirán entre sí dentro del mismo orden jurisdiccional, y cuando no fuera esto posible o lo aconsejaren las necesidades del servicio, sustituirá al Secretario un Oficial, con preferencia de aquél que sea Licenciado en Derecho.

e) La designación del Oficial sustituto del Secretario, cuando hubiere más de uno en la Secretaría, corresponderá al Juez o Presidente, a propuesta, en su caso, del titular de ésta.

2.9. *Incompatibilidades y prohibiciones*

2.9.1. Incompatibilidades. Art. 65

1. El cargo de Secretario Judicial es incompatible:

a) Con el ejercicio de cualquier jurisdicción ajena a su cargo.

b) Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, CCAA, Provincias, y demás Entidades y Organismos dependientes de cualquiera de ellas.

c) Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Casa Real, las Cortes Generales, la Administración del Estado, CCAA, Provincias, Municipios y cualesquiera Entidades, Organismos o Empresas dependientes de unos y otros.

d) Con los empleos de toda clase en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional.

e) Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

f) Con el ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría.

g) Con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

h) Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro.

i) Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en Sociedades o Empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género.

2. Los que ejerciendo cualquier empresa, cargo o profesión de los expresados en los apartados anteriores, fueren nombrados Secretarios Judiciales, deberán optar, en el plazo de ocho días por uno u otro cargo o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible. Quienes no hicieren uso de dicha opción en el indicado plazo, se entenderá que renuncian al nombramiento de Secretario.

3. Los Secretarios Judiciales no podrán ejercer sus funciones en los Tribunales y Juzgados en los que se hallaren destinados Presidentes, Magistrados y Jueces de los que dependan directamente, o personal que de aquéllos dependa directamente a los que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente o con los que tuvieren parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad.

2.9.2. Prohibiciones. Art. 65

5. No podrán los Secretarios Judiciales desempeñar su cargo:

a) En las Salas de los Tribunales y Juzgados donde ejerzan habitualmente como Abogado o Procurador su cónyuge o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esta prohibición no será aplicable en las poblaciones donde existan diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o Salas con tres o más Secciones.

b) En una Audiencia Provincial que comprenda dentro de su circunscripción territorial una población en la que, por poseer él mismo, su cónyuge o parientes de segundo grado de consanguinidad intereses económicos, tengan arraigo que pueda obstaculizarles el imparcial ejercicio de la función. se exceptúan las poblaciones superiores a 100.000 habitantes en las que radique la sede del órgano jurisdiccional.

c) En una Audiencia o Juzgado en que hayan ejercido la Abogacía o el cargo de Procurador, en los dos años anteriores a su nombramiento.

2.10. *Funciones*

2.10.1. Funciones como titulares de la fe pública judicial. Art. 6

1. Como titulares de la fe pública judicial, corresponde a los Secretarios Judiciales las siguientes funciones:

a) Ejercer la fe pública judicial y asistir a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en la LOPJ, y en las Leyes procesales.

b) Asumir la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la documentación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responder del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan.

El depósito de los bienes, objetos, cantidades, valores, consignaciones y fianzas se hará en las Entidades de crédito que el Ministerio de Justicia designe al efecto, de conformidad con la disposición final primera del Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales.

c) Llevar a cabo la documentación de las actas, diligencias y notas, en los términos establecidos en la LOPJ y en las de procedimiento.

d) Dar fe con plenitud de efectos de todas las actuaciones judiciales sin intervención adicional de testigos.

e) Autorizar y documentar el otorgamiento de la representación en juicio en todos los procedimientos mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto. *Apud acta.*

f) Expedir copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes o a sus representantes en juicio, Procuradores o Abogados.

g) Encargarse de la llevanza de los libros, del archivo y de conservación de las actuaciones, salvo que en la ley se encomienden a los Jueces o Presidentes.

h) Procurar a los interesados el acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley.

i) Facilitar, junto con el personal competente de los Juzgados y Tribunales, a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que éstos podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

j) En los mismos casos de la letra h) anterior, expedir los testimonios que se soliciten, con expresión de su destinatario, salvo en casos en que la Ley disponga otra cosa.

k) Poner diligencias para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En todo caso, se dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presenten, con expresión de la fecha y hora de presentación.

2.10.2. Funciones como impulsores y ordenadores del proceso. Art. 7

Como impulsores y ordenadores del proceso, corresponde a los Secretarios Judiciales las siguientes funciones:

a) Dictar las diligencias de ordenación, que tendrán por objeto dar a los autos el curso ordenado por la Ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites, de conformidad con las leyes procesales. Estas diligencias serán revisables por el Juez o el Ponente, de oficio o a instancia de parte, en los casos y formas previstos en las Leyes procesales.

b) La práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial en la forma que determinen las Leyes.

c) Expedir directamente los despachos y exhortos precisos para la ejecución de los acordado por ellos en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con las leyes procesales, así como los precisos para la ejecución de lo acordado por el Juez o Tribunal en los casos en que así lo establezcan las Leyes.

d) Dar cuenta a la Sala, al Ponente o al Juez, en cada caso, de los escritos y documentos presentados en el mismo día de su presentación o al siguiente día hábil y, en iguales términos, de las actas que se hubieren autorizado fuera de la presencia judicial, así como, al día siguiente hábil, del transcurso de los plazos procesales y de los autos que hubieren tomado estado para cualquier resolución, salvo cuando le correspondiere la ordenación del trámite.

La dación de cuentas se hará oralmente, por el orden de presentación de los escritos o por el que tomaren estado los autos respectivos, sin otra anteposición que la de los que sean urgentes o tengan reconocida preferencia por la ley. Cuando proceda, se documentará mediante diligencia y, en su caso, se acompañará propuesta de resolución.

e) Proponer al Juez o Tribunal las resoluciones que, con arreglo a la Ley, deban revestir la forma de providencia o auto, incluidos los autos definitivos en los asuntos de jurisdicción voluntaria, mientras no se suscite contienda, con las excepciones y en la forma prevista en la LOPJ.

2.10.3. Funciones como directores de la Oficina Judicial. Art. 8

Como directores de la oficina judicial, les corresponde esta función, sin perjuicio de las facultades de los Jueces y Presidentes y de la supe-

rior dirección e inspección del funcionamiento de la Ofician Judicial que les corresponde; pero en casos de discordia, el Juez o Presidente, debe expedir por escrito las correspondientes instrucciones. Y en concordancia con los traspasos efectuados a las CCAA en materia del personal, el régimen de colaboración de los Secretarios Judiciales, para asegurar que las instrucciones que dimanen de las CCAA en materia de su competencia tengan su efectivo cumplimiento, todo ello estrictamente en la condición de Jefes de Personal de la Oficina Judicial que ostentan los Secretarios Judiciales. Y, dicha articulación se plasma en el Real Decreto 250/1996, de 16 de febrero, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que añade la siguiente disposición adicional:

«Disposición adicional única:

En aquellas Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia, los Secretarios Judiciales destinados en los órganos judiciales del territorio correspondiente colaborarán, en su calidad de Jefes de Personal previsto en el artículo 8.1 de este Reglamento, con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la efectividad de las funciones que ostenten en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia.

Asimismo, en la citada calidad de Jefes de Personal, estarán obligados a respetar las comunicaciones, órdenes e instrucciones que reglamentariamente reciban de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, y que se deriven exclusivamente de las funciones transferidas, en los términos establecidos en los Reglamentos Orgánicos del Cuerpo de Médicos Forenses, así como de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia».

En concreto y, conforme al artículo 8 del Reglamento, les corresponde:

a) Ejercer la jefatura directa de los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia y demás integrantes de la oficina judicial.

b) Responder del buen funcionamiento de la oficina judicial dirigiendo y ordenando el trabajo de sus integrantes e impartiendo al efecto las órdenes e instrucciones pertinentes.

c) Velar por el cumplimiento de sus obligaciones por parte del personal de la oficina, haciéndole en su caso, las observaciones pertinentes.

d) Acordar las habilitaciones que procedan, en los términos previstos en el Reglamento.

e) Ser oídos verbalmente o por escrito, por los Jueces y Presidentes antes de resolver, informar o dar curso a cualquier solicitud del personal de la oficina relacionada con ésta cuyo otorgamiento o denegación por el órgano competente pueda afectar al funcionamiento de aquélla.

f) Poner en conocimiento de la autoridad competente las necesidades de medios personales y materiales indispensables para el funcionamiento de la oficina que no puedan ser atendidas mediante redistribución y reorganización de los efectivos.

g) Dirigir a la autoridad competente las propuestas que estimen adecuadas a la reorganización, redistribución de efectivos o creación de servicios comunes en orden al más eficaz funcionamiento de la oficina.

h) Poner en conocimiento de la autoridad competente, sin necesidad de autorización previa, los hechos que pudieran motivar la incoación de expediente disciplinario o causa penal por hechos realizados, en el ejercicio de su función, por los integrantes de la oficina judicial.

i) Confeccionar la estadística del órgano judicial en el que estén destinados.

j) En ausencia del Juez o de los miembros del Tribunal, realizar diligencias de prevención, en los casos y términos que establezcan las Leyes.

2.11. *Sindicación y huelga. Art. 43*

Al no disponerse lo contrario en el artículo 29 de la Constitución, los Secretarios Judicial gozan del derecho a la libre sindicación, y en virtud de ello, el artículo 43 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales establece:

1) Los Secretarios Judiciales tendrán derecho a sindicarse de acuerdo con lo previsto en la legislación general del Estado para funcionarios públicos.

2) El ejercicio del derecho de huelga se ajustará, asimismo, a lo establecido en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, aunque estará, en todo caso, sujeto a las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia.

3. El Secretario Judicial. Acepciones

En una época como la que nos toca vivir, sin lugar a dudas, es tan importante el continente como el contenido; el marketing, la informa-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción, conceden al sistema lingüístico y semiológico, una importancia inusitada, que ya ha sido puesta de relieve por la epistemiología del derecho.

Por ello, parece necesaria la superación del significante propio «Secretario Judicial», ya que el mismo, ofrece una visión ya de por sí, subsidiaria, telonera y escatológica de su función, contraria a la verdadera transcendencia, posición y emplazamiento que le corresponde dentro del proceso y del órgano jurisdiccional.

Así, la fe, que es el atributo emblemático de la función del Secretario, fue considerado en principio como la primera de las virtudes teologales, como una luz, un conocimiento sobrenatural, con que sin ver, creemos lo que se nos propone. Por ello, los documentos autorizados en debida forma serán considerados como auténticos, y el contenido de los mismos, será aceptado como verdadero, mientras no se practique prueba en contrario.

Por otra parte, el Secretario, será el sujeto encargado de expedir la correspondencia, de extender actas, de dar fe de los acuerdos, de custodiar los documentos y de un sinfín más de atribuciones que no es posible englobar en un determinado término y menos aún, en el de Secretario Judicial. Embarcados en esta empresa, vamos a analizar un amplio abanico de expresiones que han ido apareciendo a lo largo de la historia para definir los cometidos de dicha función, tanto en textos históricos, como literarios, disparidad que es clara manifestación de la imposibilidad antes reseñada.

Así en primer lugar, hemos de referirnos al SECRETARIO JUDICIAL, como aquel funcionario público encargado de ayudar en Tribunales de Justicia, que aún a pesar de su carácter técnico, viene a significar «el ayudante o el secretario del juez».

Por otro lado, encontramos el término FEDATARIO, denominación genérica aplicable al notario y a otros funcionarios que gozan de fe pública; es el sujeto que data la fe.

Junto a él, la expresión ACTUARIO, calificaría, al que vendría a ser el auxiliar judicial, que da fe en los actos procesales y que era en otra acepción, el personaje que distribuía y organizaba el reparto de los víveres en la campañas de los ejércitos.

O, MANDADERO, en paralelo al término de «bienmandado», que sería aquel funcionario, encargado de llevar a cabo, o a buen fin, todas aquellas actuaciones acordadas por el Juez.

De tradición germánica, es la significación REFERENDARIO, que

sería el que investido de la autoridad pública, refrenda o firma después del superior un despacho o carta pécora o pergamino.

O, PLUMISTA, que es el que tiene por ejercicio o profesión, escribir, y más regularmente, ministro que entiende en pleitos o negocios judiciales y que pudiera tener sentido en épocas pretéritas en las que la miseria e ignorancia del pueblo, impediría acceder a la cultura, siquiera al conocimiento de la lectura o escritura, y en las que el procedimiento era dominado en su totalidad por la escritura.

RELATOR, es una expresión que tiene más tradición castrense, y sería aquel letrado o funcionario, cuyo oficio es hacer relación de autos o expedientes en los Tribunales togados, fundamentalmente.

O, CAUSIDICO, que sería aquel ministro o funcionario que entendiera o velara por la salud de la causa o del pleito, ejerciendo la «causadicina», ciencia que conoce de todo lo que pertenece a la substanciación de causas o pleitos.

Más introducido, y de mayor relevancia sería el término ESCRIBANO, que en acepción lata, sería el oficial o secretario de un juzgado, que con título legítimo, esta encargado de «instruir, redactar y autorizar», con su firma, los autos y diligencias de los procedimientos judiciales[6].

O, CANCILLER, que era el empleado público encargado del sello real. Era el secretario del Rey, a quien estaba encargada la custodia de dicho sello, con el cual se autorizaban las cartas y documentos reales. Había además, el Canciller del Sello de la puridad, el Gran Canciller de Indias, el Canciller Mayor de Castilla y el Canciller de Contenciones o de Competencias[7].

O, FIEL, que es el que guarda fe, encargándose de que se hagan algunas cosas con la exactitud y legalidad que exige el servicio público, vigilando el cumplimiento de los preceptos legales, poniéndose a su disposición las cosas litigiosas mientras durasen los pleitos. Se habla de «fiel de fechos», como aquel sujeto que ejerce funciones de escribano en los pueblos en los que no los había. Los fieles, tenían gran relevancia sobre todo, en lonjas y mercados públicos.

Aparte de todos los reseñados hasta ahora, hay otra amplia gama de acepciones, que dentro de nuestro derecho, se han empleado para aludir al ejercicio de la fe pública. Ya de los tiempos de dominación romana, ha pervivido el término TABELION, o textos árabes aluden a ALMO-

6. Diccionario práctico de Derecho Usual del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, editado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Tomo II, pág. 363.

7. Diccionario practico citado ut supra, Tomo Y, pág. 416.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

TACEN, como el funcionario musulmán, encargado de cumplir con estas lides, o el giro CARTULARIO, que recoge la influencia romana de los Chartularii.

O, CILLERO, que deriva de «cella», que significa despensa o celda, y que por ello, seria el sujeto que guardaba en sitio seguro, determinadas cosas u objetos.

También resultan altamente ilustrativas, otra serie de significaciones como la palabra NUESTRAMO, germanismo, que es una contracción del pronombre y sustantivo «nuestro amo», y que equivale a escribano; o ZURUPETO, que sería el escribano falso o el intruso en la profesión de secretario o escribano. O por último, para completar este elenco, el término TAGAROTE, que sería el escribiente de escribano o notario, hidalgo pobre, que se arrima y se pega donde puede para no pagar, y que hoy por hoy, se debiera aplicar, teniendo en cuenta el irrisorio nivel retributivo y la situación material a que se está abocando a dicho colectivo[8].

Para acabar, hemos de recoger un término introducido por Tomás y Valiente y Gimeno Sendra, que es el de GARANTE JUDICIAL, para definir teológicamente, la finalidad última de nuestro papel en el proceso, y el de DIRECTOR JUDICIAL, que implicaría, reconocer la importancia tutelar de la función del Secretario, respecto a la del resto de funcionarios del juzgado, asumiendo sin lugar a dudas la dirección y tramitación del proceso como competencias propias (salvo revisión del juez), a cambio de la matización del ejercicio de la fe pública.

A su vez, hay otra serie de términos que han ido apareciendo, sobre todo en el siglo XIX, que son claros antecedentes de lo que hoy entendemos como Secretario Judicial. Así se habla de OFICIALES MAYORES DE ESCRIBANIA, los TASADORES, el Secretario ARCHIVERO,

8. Todas estas acepciones acerca del cometido del Secretario Judicial, aparecen esparcidas en numerosos textos legales y literarios, y aparecen recogidas en el Diccionario Ideológico de la Lengua de D. Julio Casares. Como dice el mencionado autor: «*La república de las letras, padece una triste indigencia... que el caudal circulante de vocablos se empobrece día a día...*». A título de ilustración:

Adelantado es... el Magistrado que escuchaba las manifestaciones hechas ante el Rey.

Irenarca es... entre los romanos, el Magistrado destinado a mantener el orden público.

Polemarca es... el Magistrado griego, que a la vez era general de los ejércitos.

Lexiarca es... el Magistrado encargado de llevar el padrón.

Sufete es... el Magistrado superior de Cartago y Fenicia.

Bureo es... el juzgado que conocía de las causas de la Casa Real.

los Tenientes de Diligencias o DILIGENCIEROS, los Escribanos del Crimen o CRIMINALISTAS.

Ante tal cantidad de términos y categorías, la LOPJ de 1870, intentó la unificación, bajo la denominación común de Secretarios (arts.483 y ss) sin conseguirlo; dado que algunas de sus disposiciones transitorias (XI a XVII) mantuvieron la situación anterior, hasta que hubiera una nueva organización. Y el intento de la LOPJ, lo culmina definitivamente el Decreto de 1 de junio de 1911, donde se suprimen todas las denominaciones que no sean la de Secretario; por eso no es de extrañar que, todavía, y a pesar de las reformas de 1984 y 1992, la LECiv., haga referencia en distintos preceptos (arts. 234, 250, 251, 253, 262, 316, etc.), a varias antiguas denominaciones, y no se encuentre todavía a estas alturas, una unificación en la denominación de la figura.

En resumen, si todos los términos anteriores, los ponemos en relación con el término actual de Secretario Judicial, nos daremos cuenta de que todos se enmarcan en uno u otro de los apartados definidos en los arts. 6, 7 y 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, preceptos en los que se detallan las funciones de los mismos, constatándose una vez más, la imposibilidad de encontrar una definición unívoca. Únicamente el empleo del término NOTARIO JUDICIAL, o DIRECTOR JUDICIAL, por su empaque y por su relevancia, permitiría que se nos reconociese tanto en nuestro entorno[9], como a su vez, de cara al exterior, por el ciudadano y por el resto de la sociedad.

4. El reglamento orgánico del cuerpo de secretarios judiciales

> *«Cuando el sable está mohoso, el arado resplandeciente, el granero lleno, la escalera del templo gastada, y la del tribunal llena de hierba, la nación está bien gobernada». (Sabiduría manchega).*

Si yo fuera autoridad, en alguna de las plataformas institucionales en las que se elabora y establece el Derecho, me gustaría parecerme a Arthur T. Vanderbilt, que tras ser presidente de la American Bar Association (una especie de Consejo General de la Abogacía), llegó a presidir igualmente el Tribunal Supremo de New Jersey, tal vez, porque, paro-

9. Es triste que, un Licenciado en Derecho, recién acabada la carrera, no sepa el cometido ni la función de un Secretario Judicial.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diando unas frases de Bernard Schwartz [10], su bibliógrafo, citando un fragmento de la «History of England», decía había marineros y caballeros en la armada de Carlos II. Pero los caballeros no eran marineros, ni los marineros, caballeros. Lo mismo puede decirse de los Tribunales: hay jueces y administradores. Pero los jueces no son administradores procesalistas, ni los administradores procesalistas...jueces. Por eso Vanderbilt, ha pasado por ser uno de los mejores jueces de la historia norteamericana.

En este orden de cosas, el art. 456 LOPJ, preveía la existencia de Reglamentos Orgánicos para el personal al servicio de la Administración de Justicia, bajo cuya denominación se comprendían entre otros, a los Secretarios Judiciales, correspondiendo al Gobierno, la aprobación de los reglamentos que se debieran elaborar en el futuro desarrollo de la anterior ley orgánica.

Aprobado el Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales; Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, surgió el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretario Judiciales, aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de abril.

Con base en el mismo, el Secretario, será el único funcionario competente para dar fe, con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, así como de la documentación de las mismas, otorgándosele el atributo de autoridad en el ejercicio de las mismas. Por otra parte, se destaca su autonomía e independencia, en el desarrollo de sus funciones.

A mayor abundamiento, se reconoce expresamente el propósito de desarrollar en debida forma, el carácter de director de la Oficina judicial, otorgándole una serie de funciones que garanticen la efectiva realización de dicho cometido, teniendo en cuenta el art. 484.4.º LOPJ.

De otra parte, se recogen las amplias funciones de impulsión y ordenación del proceso, que la LOPJ, siguiendo la tendencia de otros ordenamientos de derecho comparado también ha plasmado, sin perjuicio de un más amplio desarrollo de estas funciones en las leyes futuras que se han de elaborar para reformar el proceso. De este modo, podemos hablar de las funciones propias del Secretario, reguladas en los arts. 473 LOPJ y 6, 7 y 8 ROSJ, las cuales se desglosan en los siguientes apartados y que repetiremos para una mejor comprensión, aún a pesar de haber sido antes ya explicados.

10. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana,* de Bernard Schwartz. Edit. Trivium 1990.

a) Fe pública.

— Ejercer la fe pública judicial y asistir a los jueces en el ejercicio de sus funciones.

— Asumir la guardia, el depósito y el archivo de la documentación y la conservación de bienes y cantidades consignadas.

— Llevar la documentación de actas, diligencias y notas.

— Dar fe, sin necesidad de testigos.

— Llevar los libros.

— Llevar el archivo y la conservación de actuaciones.

— Procurar el acceso a los libros de los interesados y facilitar información.

— Poner diligencias para hacer consignar la presentación de demandas, escritos y otras actuaciones sujetas a término.

b) Impulso y ordenación del proceso.

— Dictar diligencias de ordenación.

— Practicar notificaciones, actas, comunicaciones y actos de cooperación jurisdiccional.

— Expedir directamente despachos y exhortos.

— Dar cuenta de documentos y escritos presentados.

— Proponer resoluciones, con forma de providencia o auto.

c) Dirección de la Oficina judicial.

— Ejercer la dirección directa.

— Responder del buen funcionamiento de la Oficina judicial.

— Velar por el cumplimiento de las obligaciones.

— Habilitar.

— Dirigir a la autoridad propuestas de reorganización y redistribución.

— Confeccionar la estadística.

— Realizar diligencias de prevención.

Ante tal avalancha de funciones, y su hipotético cumplimiento con carácter satisfactorio por parte del Secretario, no podemos dejar otra vez, de dar razón a la elocuencia de Quevedo, cuando afirmaba categóricamente que:

«En sepulcro de Escribano,
una estatua de la fe;
no la pusieron en vano,
pues afirma lo que no ve».

Es prácticamente imposible, que ni el Secretario, ni cualquier otro

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tipo de engendro humano, sea capaz de desarrollar tal cantidad de tareas. Por eso hemos de analizar, y criticar el planteamiento de estos tres grandes grupos de funciones, dejando de lado, toda una cantidad de «funciones basura», que suponen una rémora, para el buen actuar del fedatario público y delimitar con nitidez, cuales han de ser aquellos supuestos considerados verdad jurídica, en los que la fe pública ha de estar litúrgicamente presente.

Y es que en el normal devenir de un órgano jurisdiccional, no hay ningún genero de dudas, de que las funciones del Secretario, están configuradas a modo de cajón de sastre, repleto en su mayor parte de atribuciones que se interpretan de modo arbitrario según el interlocutor al que corresponda interpretar el alcance de las mismas. Así, y por diversas razones, los órganos jurisdiccionales, son las mayores «*fábricas de mentiras*», no en sentido metafórico, sino real, en tanto que en gran parte de sus actos, no están presentes, la mayoría de la veces, el Juez ni el Secretario, incumpliéndose sistemáticamente los preceptos al respecto. De ello, se deriva, que si efectivamente en un acto para cuya validez se requiere la presencia física de quien afirma intervenir en el mismo, y si esta presencia no acontece en la realidad, se estaría incurriendo en alguno de los supuestos de falsedad en documento público, previstos en el art. 390 del Código Penal de 1995, donde se prevé, la simulación de intervención de personas en un acto, en el que realmente no han intervenido. De esta forma, los custodios de la fe pública, no están legitimados, sopretexto de inaceptables argumentaciones de carácter meramente profesional, para relajar las obligaciones de fedatario en cuanto a su intervención directa, personal e indelegable en las funciones interventoras que le incumben, ni que se pueda tampoco pretender la irrelevancia jurídico-penal de una irregularidades tipificadas como delito de falsedad documental, aunque excepcionalmente quepa la reprochabilidad a título de imprudencia, pero siempre de carácter penal.

En esta tesitura, y con estas argumentaciones, en cualquier momento, puede ser cuestionada la actividad del Secretario, como ya lo han sido otras actuaciones respecto a corredores de comercio. Lo que ocurre, es que en el ámbito de la Administración de Justicia, al intervenir otro funcionario (oficial, auxiliar), parece que se difumina este vicio legal.

Por lo tanto, creemos necesaria, una reforma de los arts. 6, 7 y 8 ROSJ y sus homónimos de la LOPJ, para adecuar la ley a la realidad, reconociendo sin cambalaches, la necesaria atribución de funciones a los oficiales como colaboradores inmediatos del Secretario, ocasionando dentro de la plantilla del Juzgado un aumento del número de oficiales, en

detrimento del de auxiliares, reconociendo la dirección total de la Oficina judicial por el Secretario, sin perjuicio de que las cuestiones disciplinarias y el «control» del horario, se atribuyesen al Ministerio o a las Comunidades Autónomas. Únicamente, se trataría de negociar el desempeño de las competencias de los anteriores artículos, instrumentalizando las actuaciones llevadas a cabo en la Secretaría (a modo de ejemplo, el notario, no está presente cuando se elabora una escritura, sino después, cuando la lee y la firma).

A su vez, se debería exigir al oficial, una titulación superior (diplomatura en derecho), y teniendo en cuenta el gran número de licenciados que están aprobando oposiciones al cuerpo de oficiales, facilitaría unos operadores dentro del órgano jurisdiccional mucho más cualificados. Anexo a esta circunstancia, se debería de aumentar el nivel de retribuciones. No apoyar este postulado, significará, continuar, reconociendo la mentira y tolerando un sistema en el que gran parte de las decisiones deben de decidirse por el juez, cuando en la práctica diaria esto no es así, y lo será mucho menos, si se tiende al proceso oral, concentrado y rápido que proclaman nuestras leyes.

Es un problema de decisión. Hasta hoy (y supongo que durante mucho tiempo después de hoy), todas las decisiones las debe tomar el juez o las propone el secretario; hay que rebajar el nivel de la decisión. El Secretario judicial, tiene que tramitar y ejecutar, y con él, el oficial; el juez debe juzgar. Hay que buscar una fórmula práctica que permita que el órgano judicial adopte una actitud más positiva, más beligerante en la solución de los conflictos. El Secretario, debe tramitar «de motu propio», sin perjuicio de que el juez pueda revisar o reponer todas y cada una de sus propuestas o diligencias, dejando claro que el conocimiento, la buena fe y la practica diaria produzcan una acomodación de criterios entre juez y secretario. Esta realidad, es la que debe recoger la reforma de estos artículos, en caso contrario, la costumbre (esa despótica y traidora maestra de escuela, como diría Montaigne), que también es símbolo de muerte, hará que el cuerpo de Secretarios Judiciales, deje de tener la relevancia y el alto rol que le corresponde desempeñar en la solución de problemas que se nos presentan en la actualidad.

5. Un nuevo contexto para la Secretaria Judicial.

«Si los que buscan oro no rehúsan hundirse en el fango, nosotros que buscamos algo más que el oro, la Justicia, no debemos evitar la menor molestia». (Cicerón, Libro III, de Sobre la República).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Si tomamos como referencia las apreciaciones y los datos jurismétricos contenidos en la obra de Santos Pastor Prieto [11], podemos observar como en los últimos años, los datos de eficiencia agregada cada vez son peores comparativamente, sobre todo tras la restauración de la democracia en nuestro país; el sistema de garantías ha cambiado, la inmediación busca ser la piedra filosofal que legitime cualquier sistema de actos jurisdiccionales; los procesos cerrados, escritos, tratan de ser dejados atrás, después del enfoque proclamado por el art. 24 CE. A su vez, los estados han sufrido una seria evolución que ha provocado una crisis del mundo del derecho, debido a su cada vez más frecuente intromisión en parcelas jurídicas.

Hay que tener en cuenta que, en épocas pretéritas, los antiguos imperios orientales como Persia y Mesopotamia, representaban un modelo que puede sintetizarse en dos palabras: despotismo y teocracia. El rey, representante del poder divino, ejercía una tiranía absoluta, las acciones opuestas al orden establecido son, no solo antijurídicas, sino pecaminosas. Pero poco a poco, surge la primera experiencia política importante: la ciudad-estado griega, caracterizada por un gobierno democrático y el valor ilimitado que concede a la comunidad, siendo esta idea recogida por Roma, aunque al transformarse la civitas en imperium, la idea democrática, deja paso a la idea imperial: el emperador recibe los poderes del pueblo a través de la lex regia y actúa como único depositario de aquellas prerrogativas.

Tras la desintegración del imperio, el estado medieval, se reorganizó sobre bases contractuales y adquirió carácter de patrimonio cuyo señor es el rey, quien dispone del territorio como cosa propia, si bien su poder queda, limitado por sus pactos con sus vasallos y por la intervención de la Iglesia y el emperador. El estado moderno, aparece en el Renacimiento: la razón es el único ordenamiento de la vida política, pero entendida como razón de estado, separada de la religión y la moral. La evolución subsiguiente es lógica: el monarca lucha contra los privilegios de la nobleza, con frecuencia apoyado por las ciudades y acaba por convertirse en el gran catalizador del poder sustentándose en una burocracia fiel y en un ejército regular. Nació así, el estado absolutista, dominante en Europa hasta que las ideas de Locke, Montesquieu y Sieyés [12], fueron confi-

11. «¡Ah de la justicia! ¡Política judicial y económica!». Editorial Civitas 1993.

12. No se ha tenido en cuenta que cuando se creo la teoría de la separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), ni Montesquieu, ni Locke, hablaron de órganos, ni de poderes, sino de potencias y, así afirmaban que:

gurando un estado constitucional o liberal que impone limitaciones a la antigua concentración de poderes: todo lo que no sea dar protección o seguridad al individuo para poder ejercer su libertad, es materia prohibida para el Estado. Y estas ideas, se plasmaron en las Declaraciones de Derechos del Hombre, cuyas derivaciones lógicas son las Constituciones, donde se detallan tales derechos y se articula el fraccionamiento del poder, como garantía efectiva para los mismos.

Sin embargo, las profundas transformaciones operadas tras la Segunda Guerra Mundial, han implicado un nuevo giro en la estructura y dinámica de los estados; las repúblicas socialistas democráticas han sido duramente criticadas por los estados que se autodenominan liberales, quienes las tachan de totalitarias por su tendencia a la intervención total, sin que exista ámbito vedado a su acción; pero lo cierto es que los estados occidentales, se han vuelto intervencionistas y planificadores en medida cada vez más acentuada: es sintomático que todas las nuevas constituciones realcen más el aspecto de los deberes, que el de los simples derechos, pero aún más significativa resulta la creciente superioridad del poder ejecutivo frente al legislativo, ya que la amplitud y urgencia de los problemas que el Estado ha de resolver, se avienen mal, con la lentitud de asambleas y parlamentos, de forma que el estado trata cada vez más, de escapar a todo control, incluso parlamentario, tendiendo de forma mimética a la centralización del poder. Es indudable que las instituciones del estado occidental se hallan en crisis, que solo se podrá superar, reorganizando a fondo sus estructuras si verdaderamente desea ser el instrumento que posibilite la convivencia de los hombres y de las naciones.

Por todo ello, el poder judicial, aparece como el más seguro baluarte de la libertad, como la verdadera esperanza contra los ataques de los derechos individuales por la administración superinterventora, como el

«Es necesario que haya siempre una potencia que haga ejecutar las leyes». (Locke).

«De las tres potencias que hemos hablado, la de juzgar, es en cierto sentido, nula». (Montesquieu).

Todo ello derivó, en una confusión entre los términos potencia y poder, y entre la función y el poder judicial, siendo los constituyentes franceses de 1791, los que elaboraron la teoría de separación de funciones y de los órganos investidos de las mismas. De este modo, la función judicial ha estado tan íntimamente ligada con la función ejecutiva, que muchos autores la han confundido de tal modo que, para su diferenciación, conviene fijarse en el fin, y no es la actuación concreta de los fines (razón de estado), como en la función ejecutiva, sino la actuación y mantenimiento del orden jurídico, la que justifica su existencia; el poder judicial aparece por tanto, vinculado a la seguridad y a la sanción del derecho.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

encargado de suplir los defectos de la ley y mantener el prestigio del derecho, como el último baluarte de la Constitución, como el controlador en una palabra, de la legalidad del ejecutivo.

De este modo, en nuestra Constitución, no se diseña un modelo justiciero de justicia que busque a toda costa la verdad material, sino un juez sometido al imperio de la ley, interpretada dentro del contexto jurídico y por tanto, con las limitaciones inherentes a todo sistema de derechos (STC de 14 de noviembre de 1994. Ponente Sr. Almagro Nosete).

Sin embargo, este fenómeno ha ocasionado, que se haya legislado pensando exclusivamente en los jueces. Preocuparse de ellos, es justo y correcto, ya que son la parte sublimadora del derecho dentro del órgano jurisdiccional y son en realidad, los que dicen que es derecho y que no es. Lo que sucede, es que lo instrumental, se ha convertido en un fin... ¿nos podemos imaginar unas bibliotecas al servicio de los bibliotecarios y ajenas a los lectores?... ¿son capaces de recrear, unos servicios de bomberos estructurados en función de los bomberos y no de la tarea de apagar incendios y achicar inundaciones?... El Juez goza de poder, pero el poder es una trampa... lo que creemos poseer, nos posee. De este modo los jueces no detentan el poder, sino que es el poder el que les posee a ellos, y en tal sentido, son reacios a posibilitar la entrada a otros funcionarios tan cualificados como ellos, dentro de la dinámica propia del proceso, negando la atribución de la instrucción penal al fiscal o la tramitación del proceso y la ejecución del mismo al secretario judicial. Como diría Federico Carlos Sáinz de Robles, «*conviene a políticos y jueces ir percatándose de que ellos son, también y primordialmente ciudadanos de a pie, cualidad finísima, que es la única que les permite seguir dentro de la realidad. A ella van a parar sus decisiones, y ella se las devuelve —implacable—, transformadas en vida social y personal, para su elogio o reproche*».

Incluso a veces se tiene la sensación de que se ha dejado de lado el interés del ciudadano y se ha primado el dogmatismo jurídico, sin tener en cuenta que se ha de aplicar el derecho, posicionándose a la misma altura que el ciudadano, no por encima de él; y en fin, concibiendo dicha aplicación como un servicio público más que debe ofrecer y garantizar el Estado.

Todo ello, conforma tanto en su creación, como en su gestión, un derecho actualmente cuestionado como fuente de desequilibrios, que deslegitima nuestro modelo social y a consecuencia de ello, el sistema político. El derecho, la justicia más que el derecho, es un monopolio, y es

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

perfectamente correcta la denuncia de falsa igualdad de las personas ante el derecho y el falso universalismo de los valores que debería proteger.

El ciudadano no conoce, ni alcanza a comprender el funcionamiento de las instituciones jurídicas, y es patética la opinión de Mezger, en su obra «El derecho civil y los pobres», cuando afirma que: «*Hemos perfeccionado de un modo tal, la administración de justicia civil, que resulta imposible su conocimiento para la mayoría de la nación*».

Por ello, el imperio de la ley y el derecho, se oponen al ejercicio jurisdiccional irreprochable, negando la prevalencia de la justicia frente a la ley y dejando clara la marginación y postergación de la sociedad. Por ello, la función jurisdiccional, se considera legítima en tanto en cuanto, se realiza bajo unas condiciones que contribuyen todas ellas a una aplicación objetiva de la ley.

Es necesaria pues, una nueva configuración de litigio, en la cual, el Secretario Judicial y el Fiscal, han de asumir un papel más activo. Si tenemos en cuenta que la configuración del poder judicial, es puramente artificial, nada impide que dentro del concepto de órgano jurisdiccional se englobe solo la figura del Juez o Magistrado, sino también la del Secretario, al que se le encomendaría fundamentalmente la tramitación del proceso y su ejecución, dejando para el Juez, la fase de decisión como exclusiva. No aceptar esta realidad, supondrá apoyar un sistema que rechaza sistemáticamente cualquier cauce que prime los resultados, que ignore la predisposición de las personas a formarse, a intervenir y a participar en la creación de un nuevo procedimiento en el que legalmente y de derecho, se le reconozca una serie de funciones que de hecho, está realizando ya, en una composición similar, a la que nos describe Fabio Annio, del asno que terco, se salió del camino y se dirigió hacia un barranco. El amo, intento impedirlo, pero, no siendo capaz de ello, le dijo: «Vence, pues ganas una mala victoria».

Lo desolador de esta historia, es que si no hay principios, las consecuencias difícilmente serán coherentes, los principios de inmediación, oralidad, celeridad... ¿dónde están?... Como siempre, para un barco sin gobernantes, todos los vientos son contrarios. El resultado es que el justiciable, es el sufridor y el pagano de nuestra historia, al que de nada le sirve el protagonismo disfrazado de la Ley de Tribunal del Jurado, para permitir un acceso popular a la justicia, si a la vez no se le diseña un procedimiento rápido, eficaz e inteligible, que de solución a sus problemas y permita la introducción de nuevas técnicas de trabajo y responsabilidad dentro de la administración de justicia.

6. La crisis del derecho

«Todas las cosas tienen dos asas». (Epicteto).

Teniendo en cuenta todos los datos anteriores, la historia está dando saltos desordenados, que afectan al ámbito jurídico, como a cualquier otra parcela de las ciencias sociales. Henry de Saint-Simón, ha explicado como la humanidad en su desarrollo histórico, ha pasado a través de épocas orgánicas y épocas críticas. Las épocas orgánicas, son aquellas en que las instituciones jurídicas y políticas responden a las necesidades y a las aspiraciones de la sociedad y en las que reinan el equilibrio, el orden y la paz social. Las épocas críticas, son aquellas otras, en las que esas instituciones no responden ya a aquellos ideales, en las que la paz se turba y el equilibrio se desploma, dando lugar a abundantes contrastes y conflictos [13]. Además, hoy el Estado, como significábamos anteriormente, es un coloso arrollador que deja sentir su mano potente en todos los aspectos de la vida, que se hace árbitro del destino temporal de los ciudadanos y que incluso ha aspirado a hacerse dueño de la conciencia de los hombres del futuro [14]. Por ello, en cada momento, cada hombre tiene sobre sí, la responsabilidad de la época que le toca vivir, y debe procurar aportar a ella, lo que está a su alcance para una mejor convivencia y para el logro de esa «infelicidad pública», de la que hablaba el Marqués de Beccaria.

Afortunadamente en palabras de Kant, «*el hombre no puede controlar su propia historia*», y ésta, se manifiesta hoy, abiertamente en crisis de valores. La crisis social, consiste principalmente, en el hecho de que las valoraciones básicas sobre las cuales se había cimentado la vida humana en las sociedades anteriores, han hecho quiebra y aún no han sido reemplazados por otros valores que se hayan establecido con firmeza, como cimientos de la vida social para el presente y para el futuro, determinando que aumente en proporciones pavorosas, la sensación de falta de seguridad en todos los ordenes de la vida, y entre ellos, muy perceptiblemente, en el campo de lo jurídico [15].

Con ello se puede explicar la ligereza —casi improvisación—, con que se legisla; de manera hipertrofiada, desconexa y carente de principios y valores, obligando al juez a aplicar leyes que no corresponden ya

13. Renato Treves, *El Juez y la sociedad.* Edicusa 1974. Madrid, pág. 35.
14. Gil Robles, J. M., *Por un Estado de Derecho.* Edic. Ariel, 1969, pág. 14.
15. Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho.* Dianoia México 1956, pág. 15 y siguientes.

a la conciencia social, debiendo optar por ser servidor de la Ley, o crítico de la misma y obligando al Juez a plantearse el problema de la ley justa, y la incógnita de pemanecer fiel a la supervivencia formal de las viejas leyes o el dejarse atraer por las sediciones de la nueva justicia, fenómeno que indica a las claras, la crisis de la legalidad y el derecho [16].

Por ello, urge una nueva concepción del mundo del derecho, basada en la eficacia y no en el dogmatismo. Término, que para el hombre de nuestra época, significa ahorro de tiempo, de costo, de esfuerzo y de actividad, adquiriendo incluso esta eficacia, valor de bien común, perseguido por la sociedad en su conjunto, ya que indudablemente, «la justicia es la verdad en acción» (Jouvert). De esta forma se explica, que haya tomado relevancia una corriente jurídica (basada en la conclusiones del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal, Gante 1977, bajo el título «Para una justicia humanizada»), que propugna el modelo rituario de un trámite siempre asequible, desprovisto de formalismos, más sencillo, más inteligible y, fundamentalmente, más eficaz y rápido. La modificación del ordenamiento procesal debe tener muy presente la realidad de nuestros días, para acomodarse a ella, plegarse a sus necesidades y exigencias, eliminando arcaicas formalidades que son entorpecedoras de un mundo que es ya, o pretende ser, más auténtico y espontaneo, pero huyendo también de saltos progresistas y revolucionarios que no encajan tampoco en el diseño de la sociedad moderna.

7. Conclusión. El Secretario Judicial como complemento para un nuevo enfoque de aplicación del derecho: un modelo para armar

«El subtítulo «modelo para armar», podría llevar a creer que las diversas partes del relato, se proponen como piezas permutable. Si algunas lo son, el armado a que se alude, es de otra naturaleza...». (Julio Cortazar, en 62/modelo para armar).

Un intento de delimitación conceptual del Secretario Judicial, en los umbrales del año dos mil, es una tarea necesariamente arriesgada. No solo por la previsible reiteración de lo que otros han realizado ya, con mejor provecho y alcance, sino también por la dificultad que suele llevar aparejada la explicación de cosas evidentes. Y en este sentido, la nueva definición del Secretario y del proceso, se presentan como un «modelo

16. Calamandrei, P., *La crisis de la justicia,* pág. 315.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

para armar», en el que se han de tener en cuenta nuevas coordenadas para su elaboración

En este caso, una vez apreciada en páginas anteriores, la futilidad de la legitimación de la actuación de los órganos jurisdiccionales, tomando como base la justicia, se ha de proceder a la elaboración de un modelo distinto de actuación jurisdiccional. De este modo el órgano judicial debe realizar una labor de integración de las leyes con los ideales que conceden a las mismas, un significado sustancial. Y para ser legítima, esa labor de integración ha de realizarse bajo nuevas condiciones procedimentales que permitan predicar en el estado de Derecho, la legitimidad de la ley misma, una vez que han desaparecido las creencias en valores absolutos.

Cuando en el seno de la sociedad, hay una serie de intereses difusos y los Estados dan serías muestras de desconfianza en el funcionamiento de sus instituciones, hay que establecer unos procedimientos abiertos, abandonando, no las leyes, sino el legalismo estricto, que es un concepto demasiado estrecho de la ley. El legalismo quedaría superado y convertido en garantismo. Un garantismo racionalista que depositaría su fe, en la razón de las personas que intervienen en el proceso.

Y para ello, lo primero que hay que fomentar es una concepción integral del poder judicial; poder judicial del que el Secretario Judicial, debe ser necesariamente parte. Nada impide, salvo el más férreo corporativismo y la desconfianza, que el Secretario, sea parte del mismo. No se puede excluir y marginar sistemáticamente al Secretario, obligándole a ser convidado de piedra en futuras reformas. Es necesario, desde este momento, variar la orientación legislativa y configurar al Secretario, como un profesional colaborador en el ejercicio jurisdiccional de la aplicación del derecho.

Se ha de construir una metateoría correctora del protagonismo judicial, que modifique la CE de 1978, o al menos que provoque una interpretación amplia de la misma y que se sustituya la LOPJ de 1985, por otra que organice y vertebre las relaciones de poder dentro de la sociedad, de modo que el Poder Judicial, esté en condiciones de dar la respuesta que la Constitución y todo Estado de Derecho prometen al ciudadano; superadora del aforismo IURISDICTIO IN SOLA NOTIONE CONSISTIT: la jurisdicción consiste hoy, superada la época del proceso romano, donde cuadraba tal consideración, no solo en el juicio, en la decisión, sino también en otra serie de potestades y actuaciones, que de modo complejo y participativo, garantizan el correcto cumplimiento de la ley y el derecho. Es físicamente imposible, que todas las actuaciones del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Juzgado, sean ordenadas o impartidas por el Juez. Es necesario plantear alternativas en las que el Secretario debe jugar un papel fundamental. No se trata de buscar protagonismo, sino de reconocer la realidad, contemplando al Secretario como factor de estabilidad jurisdiccional y buscar soluciones que permitan una intervención en el proceso, más relevante (Tramitación de procedimientos monitorios, conciliaciones, desempeño de funciones de juez en caso de que no se cubra la plaza vacante por el turno reglamentario de sustituciones, etc.). En este sentido, el diseño constitucional de la tramitación civil y de la instrucción penal, no está precisado de forma definitiva e imperativa en la Constitución. El Título VI de la Carta Magna, establece que la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a Jueces y Tribunales, no ejerciendo más funciones que las que en garantía de cualquier derecho le atribuyan las leyes (art. 117 CE). No existe una reserva expresa del legislador constituyente en favor de los jueces para la tramitación o la instrucción. De tal forma, la instrucción por parte del fiscal, y la tramitación por parte del secretario, con el debido control judicial respecto a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales y sin perjuicio de poder acudir al juez en auxilio de pretensiones no atendidas, no encuentra obstáculos constitucionales insalvables. De hecho, la posibilidad de atribuir la instrucción al fiscal, ya se ha reconocido en la L.O. 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores.

En segundo lugar, respetando la peculiaridad jurisdiccional, crear un procedimiento tipo regido por los principios consagrados en la CE (oralidad, inmediación, celeridad, etc.) que de manera más comprensible, permitan un acercamiento del ciudadano a los Tribunales[17] y la asimilación

17. Medítese sobre la siguiente historia:

«Durante la primavera de 1988 pasé un mes en Barcelona, enseñando en sus Universidades. Entre los cursos y conferencias que di, impartí un seminario para estudiantes graduados sobre derecho y lenguaje. Los estudiantes estaban educados y se expresaban bien en catalán y en inglés. Al comienzo de mi primera clase, y sólo para orientarme, les pregunté cómo era un juicio en España. Pensé que de esta manera tendría una base para efectuar la comparación con el procedimiento judicial norteamericano que yo estaba a punto de analizar y escribir. Habiendo impartido cursos y seminarios sobre este mismo tema en diversos lugares de Estados Unidos durante los últimos años, confiaba en suscitar una reacción. Pregunten cómo se desarrolla un juicio a una audiencia norteamericana de escuela secundaria y pueden estar seguros que obtendrán una respuesta. Puede que sea inadecuada en algunos puntos, que esté fuera de lugar o que refleje un entendimiento deficiente del significado de las diversas actividades, de lo que se permite y por qué se permite; pero pueden contar con que obtendrán un resumen que tiene alguna relación con lo que de hecho sucede ante un Tribunal auténtico. Así me sorprendió mucho topar-

de unas pautas de trabajo desconocidas e inexplicables para él. Por ello, es necesario fomentar un fenómeno de adaptabilidad o flexibilidad procedimental (ej. ¿por qué obligatoriamente en determinados procesos civiles, se tiene que acudir representado por procurador y asistido por letrado?, ¿por qué no puede celebrar intentos de conciliación un secretario?). En cierta manera... ¿no sería necesario un «Ministerio de la Legislación», al estilo del ofrecido a Savigny por el rey de Prusia, que evitara contradicciones y superara obscuridades?...

En tercer lugar, reconocer la existencia del efecto «placebo judicial», esto es, el justiciable, puede confiar o desconfiar de sus órganos jurisdiccionales en relación directamente proporcional a la rapidez con que le ofrezcan la solución a su conflicto y a la atención de trato que reciba por parte de dichos órganos. Y no le interesa tanto, si es el juez o el secretario el que le atiende, sino la calidad de la atención y la escenificación que de dicha solución se le de. Decía Petronio, que la justicia era una mercancía pública y que el Juez era un caballero que presidía las transacciones de la misma. Es en este caso, donde el Secretario y la Oficina judicial, pueden ser potenciados. Tanto la LOPJ, como el Reglamento 2003/1986 del Cuerpo de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, no suponen una efectiva potenciación de la oficina judicial como instrumento para conseguir una justicia más rápida, sino que lo único que hacen, es poner orden en una materia dispersa orgánica y procesalmente, y proceden a signar funciones a cada uno de sus componentes, sin generar su positivización; es más, la LOPJ desconoce, incluso normativamente, la existencia de la Oficina judicial como unidad de carácter orgánico diferente y diferenciada; es una entelequia y la LOPJ la esquiva; supliendo la inexistencia de un esquema orgánico tipo, por una referencia a aspectos que afectan únicamente al funcionamiento de la misma, orientándose, o bien al modelo decimonónico rural, o al gigantismo de medios materiales y personales que evidencian múltiples disfunciones. Por ello, se ha de primar la profesionalidad como pauta fundamental de actuación del Secretario, para acercar el procedimiento al administrado.

Además, en conclusión, se ha de resaltar:

me con un absoluto silencio, y mi sorpresa se volvió más embarazosa a medida que los segundos se convertían en minutos. Intente diversos trucos pedagógicos, hice preguntas que si fuesen necesarias en realidad, está garantizado que provocarían una respuesta inmediata si fueran formuladas a norteamericanos. Nada todavía. Finalmente, alguien dijo:

—«Nunca hemos estado ante un Tribunal».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1.º. que el Secretario ha de formar parte del Poder Judicial e integrarse en el CGPJ.

2.º. el Secretario se integra como un elemento de la función jurisdiccional, haciendo del órgano, una unión inescindible (función jurisdiccional impropia), aunque no ejerza la función jurisdiccional propia (fase de decisión, reservada a los jueces).

3.º. Se ha de elaborar un nuevo modelo de procedimiento, respetando las peculiaridades de cada orden, que gire fundamentalmente respecto a una vista pública, que presidida por el Juez CUM HONERE ET ONORE, y con base en el principio de inmediación y oralidad, agilice el procedimiento, de modo que faciliten la actitud afirmativa del ciudadano ante el orden jurídico y la producción de tres tipos de efectos «purificadores» de todo sistema legal: un primer efecto didáctico que se manifiesta cuando los preceptos jurídicos son interpretados públicamente en la vista y en la sentencia consiguiente; segundo, un efecto de confianza, que se logra cuando la población aprecia que el derecho se impone; y por último, un efecto de satisfacción que se realiza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el conflicto.

4.º. se ha de potenciar la función del Secretario y de la Oficina judicial, como alternativa necesaria al funcionamiento actual de los órganos jurisdiccionales.

No reconocer estas pretensiones, implicaría, como dice J. F. Revel, en su obra «El conocimiento inútil», de lectura siempre provechosa y más que aconsejable, que la farsa y la mentira, es la primera fuerza que mueve el mundo, y que el biotanato[18] anunciado, pronto se hará realidad.

Tal es nuestra opinión sincera, que sometemos muy a gusto, a otra distinta, pero siempre que sea igualmente sincera y que se halle mejor fundada en razón, derecho y tolerancia.

18. Dícese de aquella crisis violenta, en la que sin solución de continuidad, se pasa de la vida a la muerte. Equivale en términos jurídicos, a muerte con violencia.

COMISIONES ROGATORIAS

ARBITRAJE INTERNO Y TUTELA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA
Becario Investigación F.P.I.
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El punto de partida: La prohibición a los árbitros de tomar cualquier decisión en materia cautelar. — III. Algunas cuestiones procesales de interés: a) La competencia para la adopción de las medidas cautelares en función del arbitraje; b) Arbitraje y tutela cautelar «ante causam»; c) Arbitraje e ineficacia de la medida cautelar; d) Arbitraje, revocación y modificación de la medida cautelar. — IV. Consideraciones finales: a) Robustecimiento de la instrumentalidad de la tutela cautelar; b) Efectividad en la tutela de los derechos; c) Simplificación de los criterios y normas sobre la tutela cautelar.

I. INTRODUCCIÓN

Con la Ley 359/1990 el legislador italiano ha querido modificar en profundidad el *Codice di Procedura Civile*[1] con la finalidad de poner al

1. A partir de ahora c.p.c.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

día el proceso civil[2]. De esta importante reforma procesal se debe resaltar, entre otros aspectos, la introducción de una disciplina unitaria del proceso cautelar respetuosa con la función de este proceso en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos[3]. Con esta opción, el legislador italiano ha hecho realidad la reivindicación tradicional de la doctrina italiana[4].

Esta disciplina unitaria de la que estoy hablando se contiene en los artículos 669-bis a 669-quaterdecies. Sin duda, la nota que merece resaltarse de esta nueva regulación es la de que con ella se ha querido disciplinar el proceso cautelar de conformidad con las notas propias del mismo. La provisionalidad e instrumentalidad de la tutela cautelar son notas que con nitidez se observan en la regulación contenida en estos artículos.

Sobre la base de las anteriores notas, el legislador italiano incluye diversas disposiciones de interés destinadas a regular la relación entre el proceso cautelar y el arbitraje.

Mientras en el caso del ordenamiento jurídico español se discute en la jurisprudencia y en la doctrina si es posible o no adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad del laudo arbitral[5], en el caso italiano esta posibilidad se ha admitido tradicionalmente y así se ha visto reflejado en la regulación positiva.

En la actualidad, el c.p.c. ofrece una regulación bastante perfeccionada de la relación entre el proceso cautelar y el arbitraje. Por esta razón, la respuesta del ordenamiento italiano a la necesidad de conceder la

2. Sobre esta reforma se puede ver CONSOLO: *Un Codice di Procedura Civile seminuovo*, Giurisprudenza italiana 1990-IV, pp. 429 y siguientes; PONTONIO: *Il nuovo processo civile, ovvero riflessioni sulla legge 26 novembre 1990, n. 353*, Diritto e pratica nell'asssicurazione, 1991, pp. 379 y siguientes.

3. Sobre el régimen general del proceso cautelar introducido con la reforma, PROTO PISANI: *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, Il Foro italiano 1991-V, pp. 57 y siguientes.

4. CALAMANDREI en su obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 147, pedía al legislador la introducción de un tipo uniforme de procedimiento cautelar con la finalidad de facilitar la tutela de los derechos.

5. En concreto, la Ley de Arbitraje vigente no hace referencia expresa a la posibilidad de la tutela cautelar en función del arbitraje. Solamente en el artículo 50 se recoge la posibilidad de adopción de medidas cautelares para garantizar la efectividad del laudo en el caso de que se plantee el recurso de anulación. Este silencio de la Ley es interpretado por algunos como una prohibición de la tutela cautelar en el arbitraje. Por contra, para otros, el silencio no se puede equiparar a prohibición, debiéndose aplicar supletoriamente las disposiciones procesales generales reguladoras de la tutela cautelar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tutela efectiva de los derechos, también en el caso del arbitraje, aparece como un modelo de interés cuyo contenido conviene conocer.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA PROHIBICIÓN A LOS ÁRBITROS DE TOMAR CUALQUIER DECISIÓN EN MATERIA CAUTELAR

El artículo 818 del c.p.c. afirma que «los árbitros no pueden conceder embargos preventivos ni otras medidas cautelares».

Con esta opción, el legislador reserva exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad para conceder, revocar o modificar las medidas cautelares. Así se excluye la posibilidad de que los árbitros puedan tomar cualquier decisión en materia cautelar, entendiéndose, por consiguiente, que la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje no excluye la competencia de los órganos jurisdiccionales para la concesión de las diferentes medidas cautelares[6].

Según indica la doctrina, esta prohibición que pesa sobre los árbitros debe entenderse absoluta e inderogable[7]. Por ello, se afirma que si los árbitros concedieran un embargo o cualquier otra medida cautelar, ésta sería inexistente[8]. No obstante, esta consideración es matizada por otros autores que indican que nada impide que las partes puedan conferir a los árbitros la facultad de decidir sobre las medidas cautelares, que éstos las puedan adoptar y las partes dar cumplimiento voluntario[9].

Como se ve, el artículo 818 está reservando exclusivamente a los jueces la competencia para la adopción de cualquier medida cautelar[10], sea conservativa o anticipatoria[11].

6. En este sentido, CONIGLIO: «Effetti della dichiarazione d'incompetenza del giudice di merito sul sequestro già concesso ed eseguito». R.D. Proc. Civ. 1936, p. 39.

7. CARPI, COLESANTI, TARUFFO: *Commentario breve al c.p.c.* Cedam 1984, p. 1049; FERRONATO, REBBECA: *Arbitrato: manuale teorico-pratico.* Pirola editore 1993, p. 113; ORICCHIO: *L'arbitrato.* Edizioni scientifiche italiane, 1994, p. 67.

8. Así LA CHINA: *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza.* Giuffrè 1995, p. 96.

9. BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO: *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentarios.* Giuffrè 1994, pp. 136 y 137 en las que se afirma que este acuerdo de las partes no sería nulo, pero en ningún caso podría privar al juez de su competencia cautelar.

10. Subrayan la exclusividad de los órganos jurisdiccionales, FERRONATO, REBECCA: *Arbitrato: manuale teorico-pratico,* op. cit. pp. 113 y 114; PILLITTERI: *L'arbitrato commerciale. La procedura; il lodo; le impugnazioni; l'arbitrato irrituale e nelle controversie con la Pubblica Amministrazione.* E.B.C. 1993, p. 75; ORICCHIO: *L'arbitrato*, op. cit. p. 67.

11. Al respecto, LA CHINA: *L'arbitrato...*, op. cit. p. 97 afirma que el artículo 818

A pesar del tenor literal del artículo citado, existe en la actualidad una posición doctrinal minoritaria que trata de sostener la posibilidad de que los árbitros puedan decidir sobre la adopción de los «provvedimenti d'urgenza[12]». Sin embargo, los argumentos que ofrece no son convincentes, el tenor literal del artículo 818 no permite ninguna interpretación en sentido contrario.

Esta exclusividad de los jueces en materia cautelar se ha pretendido justificar doctrinalmente desde diferentes puntos de vista.

Así, en primer lugar, se ha afirmado que la prohibición incluida en el artículo 818 se basa en la ausencia de poder coercitivo de los árbitros, sosteniéndose que al no reconocerles el Estado «imperium», no tendrían poder para la adopción de medidas cautelares[13].

En segundo lugar, se afirma también que solamente el juez del Estado ofrece las garantías necesarias de independencia para poder adoptar estas medidas. Esta falta de independencia de los árbitros justificaría la concentración en manos de los jueces de la titularidad de todos los poderes en materia cautelar[14].

Y en tercer lugar, se alega un ulterior argumento: las medidas cautelares adoptables por un árbitro no tendrían eficacia inmediata, pues necesitarían del «exequatur» jurisdiccional. Deben ser solamente los jueces los que tengan el monopolio en materia cautelar, dadas las dificultades para la ejecución de las medidas que con este carácter fueran adoptables por los árbitros[15].

La doctrina italiana más reciente está sometiendo a revisión los argumentos anteriores, poniendo de relieve el carácter débil de los mismos, e intentando que, de «lege ferenda», el legislador reconozca a los árbitros la posibilidad de adoptar medidas cautelares, derogándose así la prohibición contenida en el artículo 818.

La debilidad del primer argumento se pone de relieve al afirmar que «extraer de la ausencia de poderes coercitivos la conclusión que el árbitro no pueda adoptar medidas cautelares equivaldría, paradójicamente, a negar su poder de emanar la misma sentencia (mejor laudo), ya que también ésta tiene necesidad de la intervención estatal para su ejecución[16]».

Por otro lado, se indica que las dificultades que podrían surgir en la ejecución de las medidas cautelares adoptables por los árbitros tampoco es un argumento definitivo, pues las mismas dificultades deberían surgir entonces en el caso de ejecución del laudo arbitral, y en ningún caso se niega la posibilidad de que los árbitros puedan pronunciarse sobre el fondo de la controversia[17].

Como ya he señalado, en los últimos tiempos la doctrina italiana está sometiendo a revisión la exclusión que se contiene en el artículo 818, abogando por una reforma del c.p.c. como consecuencia de la cual, los árbitros puedan decidir sobre la tutela cautelar de los derechos.

Uno de los defensores de esta postura es el profesor Carpi, el cual fundamenta su tesis sobre dos argumentos:

a) Un argumento de Derecho Comparado. Este autor estudia la solución acogida por los diferentes ordenamientos jurídicos europeos sobre la tutela cautelar, para llegar a la conclusión de que en la mayoría de ellos se reconoce competencia a los árbitros en materia cautelar[18]. Por ello, sostiene que el ordenamiento jurídico italiano no puede quedar fuera de este grupo.

b) Y en segundo lugar, se indica que solamente reconociendo a los

se refiere «non solo alle ipotesi di cautela conservativa, già praticamente compresse nel testuale riferimento ai sequestri, ma anche ad ogni altra ipotesi di provvedimenti inibitori: sospensivi, anticipatori con funzione cautelare. Tutte le forme insomma che la tutela cautelare ha assunto nella nostra esperienza giuridicha».

12. Así se puede leer en RUFINO-SAMMARTARO: *Il diritto dell'arbitrato (interno)*. Cedam 1991, pp. 349 y siguientes.

13. Éste ha sido el argumento en el que se ha apoyado la doctrina tradicional italiana. Se pueden citar, D'ONOFRIO: *Commento al c.p.c.* Libro terzo e quarto. Quarta edizione, 1957. Unione tipografico editrice torinese, p. 495; ANDRIOLI: *Commento al c.p.c.* Vol. IV, 1964, p. 850.

Entre la doctrina más moderna todavía se puede encontrar algún defensor de esta postura, así BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO: *La nuova disciplina dell'arbitrato...*, op. cit. p. 136; PILLITTERI: *L'arbitrato commerciale...*, op. cit. p. 75.

14. ARIETA: *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*. R.D. Proc. Civ. 1993, pp. 750 y 751. Este autor, después de negar la validez del argumento que excluye la competencia cautelar de los árbitros basándose en su falta de «imperium», fundamenta la exclusión en una pretendida falta de independencia de los árbitros.

15. ARIETA: *Note in tema di rapporti...*, op. cit. p. 751.

16. Éstas son las palabras de BERNARDINI: *Arbitrato internazionale e misure cautelari*. Rivista dell'arbitrato, 1993, p. 26.

En el mismo sentido se manifiesta LUISO: *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*. Rivista dell'arbitrato, 1991, p. 253: «(...) giustificaziones debole, si diceva, poiché la carenza dello "ius imperii" per un verso non impedisce agli arbitri di emettere pronunce di merito (...)».

17. En este sentido, LUISO: *Arbitrato e tutela cautelare...*, op. cit. p. 254.

18. CARPI. *Alcune idee sulla colaborazione fra il giudice ordinario e l'arbitro nelle prospettive di riforme*. Rassegna dell'arbitrato 1989, pp. 166-167. El estudio es completado posteriormente en CARPI: *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel dissegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*. Riv. Trim. D. Proc. Civ. 1990, pp. 1259 y siguientes.

En el mismo sentido, BERNINI: *L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*. Cluef, 1993, pp. 365 y siguientes.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

árbitros la competencia cautelar se respetará debidamente la relación instrumental entre el proceso cautelar y el proceso principal, pues el órgano que conoce de la causa principal, será también el que decida sobre la cautela[19].

III. Algunas cuestiones procesales de interés

A continuación se recoge el estudio de algunas cuestiones procesales de interés que se han introducido con la reforma del año 1990. Como consecuencia de ésta, el legislador ha incluido en el c.p.c., para el caso de que se desarrolle un arbitraje, diversos artículos destinados a regular la competencia para la adopción de las cautelas, la tutela cautelar «ante causam», las causas de ineficacia de las medidas cautelares, la revocación y modificación de las mismas.

a) *La competencia para la adopción de las medidas cautelares en función del arbitraje*

El artículo 669-quinquies permite determinar con claridad cual es el órgano jurisdiccional competente para adoptar las medidas cautelares. Tanto en el caso de que la demanda cautelar se presente «ante causam», como ya iniciado el proceso arbitral, el artículo citado encomienda la competencia al órgano jurisdiccional que habría sido competente para decidir sobre el fondo del asunto, en el caso de que no existiera la cláusula compromisoria[20].

Si algo caracteriza la reforma del año 1990 desde el punto de vista de la competencia cautelar, es el hecho de encomendar al órgano competente para el proceso principal, la competencia para el proceso cautelar. Este principio general se rompe en el caso del arbitraje[21]. Al prohibir el

19. Carpi: *I procedimenti cautelari e l'esecuzione...*, op. cit. p. 1262.

20. En concreto, el artículo afirma: *Se la controversia è oggetto di claosola compromissoria o è compromessa in arbitri o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.*

21. Ahora bien, conviene añadir que existen otros casos en los que tampoco coinciden el órgano competente para el fondo del asunto y el competente para el proceso cautelar. En particular me estoy refiriendo al supuesto en el que el proceso principal se desarrolle en el extranjero y sea necesario adoptar, dentro del territorio nacional, una medida cautelar dirigida a garantizar la efectividad de la decisión principal. Ésta es la posibilidad a la que hace mención el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. En particular, este artículo afirma: *Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo.*

El legislador italiano ha sido consciente de esta posibilidad y por ello, el artículo 669-ter, en su párrafo tercero afirma: *Se il giudice italiano non è competente a conoscere della causa di merito, la domanda si propone al giudice competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

artículo 818 a los árbitros la posibilidad de adoptar medidas cautelares, se está impidiendo que el órgano de la cautela y del asunto principal puedan coincidir. Sin embargo, con la finalidad de respetar en lo posible el carácter instrumental de la tutela cautelar, y teniendo presente la prohibición anterior, se atribuye la competencia al «órgano potencialmente competente para el fondo» de no existir el arbitraje[22]. De esta manera se descartan otros posibles órganos jurisdiccionales competentes, como podría ser el del lugar de ejecución de la medida cautelar[23].

La jurisprudencia reciente ha subrayado que las normas de competencia que se incluyeron en la reforma de 1990 respetan y son concreción del principio de economía procesal que se «*si esprime nella tendenziale concentrazione (il coincidere, cioè, per quanto possibile, il giudice della tutela col giudice della cautela)*[24]».

También la doctrina ve con buenos ojos esta opción legislativa, considerándola respetuosa con el principio general sobre competencia cautelar que inspira la reforma del año 1990[25], con la cual, a su vez, se permiten superar las dudas e incertezas interpretativas existentes antes de la reforma a la hora de determinar el órgano jurisdiccional competente para la adopción de la cautela[26].

Por último, hay que indicar que para la mayoría de la doctrina italiana la regla de competencia que hemos estudiado se aplica solamente

22. Así es calificado este órgano por la doctrina. Al respecto, se puede ver Frus: *Competenza in caso di claosola compromissoria, di compromesso o di pendenza dal giudizio arbitrale*, (AA.VV.), en *Le riforme del processo civile a cura di Chiarloni*. Zanichelli editore 1992, p. 650; Picardi: *Codice di Procedura Civile*. Giuffrè 1994, p. 1670.

23. Comentan la exclusión de este órgano jurisdiccional Filippis, Siani, Montesanto: *Il nuovo codice cautelare commentato e le azioni possesorie nel nuovo Processo civile*. Gruppo Cooperativistico editoriale, p. 32.

24. Así se manifiesta el «Tribunale di Milano (Sezione VII)», en la «ordinanza» de 31 de enero de 1991.

25. Así Bucci, Crescenzi, Malpica: *Manuale pratico della riforma del processo civile*. Cedam 1991, p. 276.

26. En este sentido, Carpi, Colesanti, Taruffo: *Commentario breve al c.p.c. (Appendice di aggiornamento)*. Cedam 1991, p. 214; también, Blandini, Loi, Mariani, Pajardi: *Le nuove norme del Codice di Procedura Civile coordinate e commentate*. Pirola editore 1991, p. 130, en la que subrayan que con este artículo se pudieron superar las dudas anteriores, por ello fue aprobado por unanimidad y sin discusión.

en el caso del arbitraje interno. En los supuestos en los que la cuestión litigiosa se sometiera a arbitraje extranjero, consideran como juez competente para la cautela el del lugar de ejecución de la medida cautelar adoptable[27].

b) *Arbitraje y tutela cautelar «ante causam»*

La reforma del 1990 no incluía expresamente en la disciplina unitaria del proceso cautelar la posibilidad de obtener la tutela «ante causam» para el supuesto en el que la cuestión litigiosa fuera sometida a arbitraje[28]. A pesar de ello, la doctrina sostuvo que como consecuencia de la aplicación del régimen general sobre la tutela cautelar «ante causam» introducido con la reforma, se debería admitir esta forma de tutela en el caso del arbitraje[29].

Según reza el artículo 669-octies, primer párrafo, «*l'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio del giudizio di merito*».

A pesar de sostener la aplicación del régimen general, se subrayó la existencia de dificultades por parte de los autores[30] y también la jurisprudencia[31], para aplicar este párrafo al arbitraje. ¿Era necesaria la aceptación de los árbitros y la consiguiente constitución del colegio para que la medida cautelar siguiera siendo eficaz?

A pesar de estas dificultades interpretativas, la doctrina en ningún caso excluyó la posibilidad de que la tutela cautelar pudiera ser prestada en este momento. Al contrario, intentó buscar una solución satisfactoria.

Así se concluyó que para que la medida cautelar adoptada «ante causam» mantuviera su eficacia sería necesario que el sujeto beneficiado por la misma agotara todas las actividades que le corresponden dirigidas a dar inicio al procedimiento arbitral. Si el sujeto realiza estas actividades dentro del plazo, la cautela seguirá siendo eficaz, con independencia de que el arbitraje no se haya iniciado efectivamente[32].

Estas dificultades interpretativas han querido ser superadas por el legislador, que con la Ley de 5 de enero de 1994 ha introducido un último párrafo en el artículo 669-octies que afirma: «*Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di claosola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta alla nomina degli arbitri*».

Con ello, el legislador acoge la interpretación realizada por la doctrina. De este modo, si el sujeto beneficiado por la medida cautelar realiza todos los actos tendentes a iniciar el arbitraje, aún cuando el arbitraje no haya comenzado efectivamente, la cautela seguirá con vida. Con esta solución se desvincula la suerte de la cautela de la posible conducta de la contraparte, que podría dificultar la constitución del colegio arbitral con el fin de conseguir la ineficacia de la cautela. La medida cautelar seguirá amparando al sujeto que la ha obtenido y presumiblemente tiene razón, si ha realizado todos los actos que el artículo reclama.

Obviamente, ésta es la solución aplicable en el caso de que se deba constituir el colegio arbitral, es decir, en el supuesto del arbitraje «ad

27. CARPI, COLESANTI, TARUFFO: *Commentario breve al c.p.c. (Appendice...)*, op. cit. p. 214; FILIPPIS, SIANI, MONTESANTO: *Il nuovo codice cautelare...*, op. cit. p. 32; FRUS: *Competenza in caso di claosola compromissoria...*, op. cit. p. 651; PICARDI: *Codice di Procedura Civile*, op. cit. p. 1670.

Optan por esta interpretación por entender que el supuesto de arbitraje extranjero entraría en el ámbito del párrafo tercero del artículo 669-ter que ha sido citado en la nota número 21.

28. También en la regulación del c.p.c. anterior a la reforma del 1990 surgieron ciertas dudas interpretativas sobre la cuestión. En principio, era admitida la tutela cautelar «ante causam» en el arbitraje, y se afirmaba que el sujeto beneficiado por la cautela era el que debería evitar que ésta perdiera eficacia (sobre la cuestión, vid. CIACCIO: *L'onere di instaurare in seguito a sequestro preventivo il giudizio di merito di competenza di giudize diverso da quello civile ordinario*, en Giustizia Civile 1968, pp. 1643 y siguientes).

Las dudas surgieron, principalmente, sobre si el beneficiado por la cautela debía estar sometido o no a un plazo para el inicio del arbitraje (sobre estas dudas se puede ver, FINOCCHIARO: *Il termine per instaurare il giudizio di merito di competenza di guidice diverso da quello civile ordinario come condizione dell'azione del giudizio di convalida del sequestro*, en Giustizia Civile 1980, pp. 200 y 201).

29. TOMMASEO: *Il Commento*. Il Corriere Giuridico 1991, p. 102.

30. Subraya estas dificultades SALETTI: *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*. R.D. Proc. Civ. 1991, pp. 382 y 383.

31. De estas dificultades se hizo eco la «Corte di Cassazione» italiana en la sentencia de 22 de mayo de 1995 al afirmar que la reforma del año 1990 si bien se dirigía a eliminar las posibles incertezas que se derivaban de la falta de una disciplina unitaria del proceso cautelar, no consiguió eliminarlas por completo. En concreto, hace referencia a la duda interpretativa que estamos estudiando.

32. Sostienen esta interpretación CARPI: *I procedimenti cautelari e l'esecuzione...*, op. cit. pp. 1262 y 1263; PICARDI: *Codice di Procedura Civile*, op. cit. p. 1682.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hoc». Sin embargo, en el caso del arbitraje institucional bastará la solicitud de arbitraje dentro del plazo para mantener en vida la cautela[33].

c) *Arbitraje e ineficacia de la medida cautelar*

El artículo 669-novies regula los diferentes supuestos en los que la medida cautelar adoptada en función del arbitraje puede perder eficacia.

Uno de estos supuestos es el que se deriva del estudio realizado en el apartado anterior en relación con la medida adoptada «ante causam» y la falta de inicio del arbitraje en el plazo de treinta días. Si esto no sucede, la medida cautelar deberá venir a menos.

Otro supuesto de ineficacia es el de la extinción del proceso arbitral. En principio, la extinción como causa de ineficacia de la cautela está prevista en el párrafo primero del artículo citado para el supuesto de extinción del proceso judicial. Sin embargo, en los últimos párrafos de dicho artículo, cuando se regulan las causas de ineficacia de la medida en el caso del arbitraje, se realiza una remisión expresa al párrafo primero.

De este modo, si el arbitraje se extingue, la medida cautelar deberá perder eficacia[34].

El párrafo cuarto del artículo que estudiamos afirma que en los casos de arbitraje interno y extranjero, la medida cautelar perderá su eficacia si la parte que la había solicitado no inicia la ejecución del laudo dentro de los términos previstos al respecto por la Ley o por las Convenciones internacionales.

33. «La Corte di Cassazione» en la ya citada sentencia de 22 de mayo de 1995 indica la diferencia que he subrayado al afirmar que «è sufficiente il primo atto utile del sequestrante, svincolato da qualsisi iniziativa o collaborazione del sequestrato, e, quindi, individuabile nella richiesta del giudizio arbitrale, ove il collegio sia già composto, oppure nella mera nomina dell'arbitro di parte, se il collegio debba essere ancora costituito».

Si bien es interesante la distinción que realiza, las palabras del Tribunal han sido criticadas por la doctrina (así BARONE: *Commento alla sentenza 22 maggio 1995, n. 5601, Corte di Cassazione*, en Il Foro italiano, 1995, I, pp. 2825 y 2826), pues con esta sentencia el Tribunal trata de dar una respuesta jurisprudencial al problema surgido tras la reforma de 1990, cuando el legislador ya había reformado el c.p.c. dando la respuesta legal citada anteriormente. Esta reforma legislativa, que tiene lugar antes de pronunciarse la sentencia estudiada, es desconocida por la «Corte di Cassazione».

Por otro lado, tampoco es exacta la afirmación que realiza en relación con el arbitraje «ad hoc», al señalar que basta para que la medida cautelar no pierda eficacia, con el mero nombramiento del árbitro.

34. En este sentido, LUISO: *Arbitrato e tutela cautelare...*, op. cit. p. 258.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Obviamente, esta causa de ineficacia está prevista para el caso en el que el contenido del laudo sea favorable al sujeto que obtuvo a su favor la tutela cautelar. Sin embargo, como ha subrayado la doctrina[35] esta causa de ineficacia queda como una mera declaración de intenciones, pues ni el ordenamiento jurídico italiano, ni los Convenios internacionales sobre arbitraje, prevén el plazo que está reclamando el artículo 669-novies.

Por esta razón, los autores han intentado superar esta dificultad acudiendo al artículo 156-bis de las disposiciones para la actuación del c.p.c., en el que, para el caso del embargo preventivo, se prevé un término de 60 días dentro del cual se debe ejecutar la sentencia favorable si se quiere mantener en vida la medida cautelar.

Tomando como punto de partida esta previsión legislativa, la doctrina[36] indica que se podría aplicar analógicamente este término también en el caso del arbitraje, evitándose que la causa de ineficacia que estudiamos quede reducida a letra muerta.

También se prevé como causa de ineficacia de la cautela, el pronunciamiento del laudo con contenido desfavorable al sujeto que en su día obtuvo la medida cautelar, es decir, cuando el laudo niegue la existencia del derecho en base al cual se había concedido la tutela cautelar[37]. La ineficacia tiene lugar sin que sea necesario haber presentado solicitud de ejecución del laudo[38].

La doctrina justifica esta causa de ineficacia indicando que con el pronunciamiento del laudo desfavorable, desaparece el «fumus boni iuris» que justificaba la existencia de la medida cautelar[39].

Por último, como ha subrayado la reciente jurisprudencia[40], la suspensión del procedimiento arbitral no determina la ineficacia de la cautela. En concreto se afirma que «la medida cautelar concedida por el juez ordinario durante la pendencia de un procedimiento arbitral no pierde su propia eficacia cuando este último es suspendido por la necesidad de resolver una cuestión preliminar de competencia del juez estatal».

35. Así PICARDI: *Codice di Procedura Civile*, op. cit. p. 1687.

36. Se puede ver, CONSOLO, SASANI, LUISO: *La riforma del processo civile. Commentario*. Giuffrè 1991, p. 494.

37. Sobre esta causa de ineficacia se puede ver, PICARDI: *Codice di Procedura Civile*, op. cit. p. 1686.

38. CARPI, COLESANTI, TARUFFO: *Commentario breve al c.p.c. (Appendice...)*, op. cit. p. 226; LUISO: *Arbitrato e tutela cautelare...*, op. cit. p. 259.

39. FILIPPIS, SIANI, MONTESANTO: *Il nuovo codice cautelare...*, op. cit. p. 51.

40. «Tribunale di Trieste (Sez. II)», en la sentencia de 13 de junio de 1994.

d) *Arbitraje, revocación y modificación de la medida cautelar*

El artículo 669-decies regula la posibilidad de revocar o modificar las medidas cautelares a instancia de parte, cuando se verifique un cambio en las circunstancias que motivaron la adopción de la cautela.

El párrafo segundo de este artículo señala que en el caso del arbitraje, la revocación o modificación se deberán solicitar al juez que haya adoptado la medida cautelar[41].

Como se puede observar, la posibilidad de revocar o modificar se apoya en la existencia de un «cambio en las circunstancias» que afecte a los presupuestos de la cautela. La doctrina ha subrayado, por ejemplo, que la suspensión del procedimiento arbitral podría determinar ese cambio que justificara la modificación de la medida cautelar adoptada previamente[42].

IV. Consideraciones finales

Una vez que ha sido estudiada la situación del arbitraje y la tutela cautelar en el ordenamiento jurídico italiano resultante de las reformas de los años 1990 y 1994, nos encontramos en condiciones de valorarla críticamente.

Según mi opinión, la situación legal resultante se apoya sobre tres pilares fundamentales:

a) *Robustecimiento de la instrumentalidad de la tutela cautelar*

Del conjunto de normas que han sido estudiadas anteriormente se puede constatar con claridad el carácter instrumental de la tutela cautelar. Las medidas cautelares nacen al servicio de la tutela definitiva que deben prestar los árbitros. Por la razón anterior, las cautelas tienen una duración limitada en el tiempo, son medidas provisionales.

Consecuentemente, las medidas adoptadas «ante causam» son condenadas a muerte segura si el beneficiado por las mismas no inicia el proceso arbitral en el plazo fijado legalmente. También las medidas vienen a menos cuando el laudo es desestimatorio o desfavorable. La razón es clara, el «fumus boni iuris» que les servía de fundamento desaparece, y con él deben también desaparecer las cautelas. El laudo ha puesto de relieve que las medidas cautelares habían nacido al servicio de un derecho que no existía.

También la función instrumental de la tutela cautelar justifica que las medidas cautelares adoptadas en función del arbitraje puedan ser modificadas o revocadas cuando haya un cambio en las circunstancias que motivaron su adopción.

Sin embargo, hablo de robustecimiento de la instrumentalidad, pero no de respeto total. Queda algún punto en el que se dificulta la relación instrumental del proceso cautelar con el principal. Principalmente, la prohibición que pesa sobre los árbitros de que no puedan adoptar medidas cautelares dificulta esta relación instrumental. También si el laudo es favorable, el legislador indica que las cautelas perderán eficacia si no se ejecuta el laudo en el plazo fijado legalmente. Al no ser fijado ningún plazo, la indicación anterior queda vacía de contenido, debiéndose realizar un esfuerzo interpretativo si se quiere evitar que esta causa de ineficacia se convierta en letra muerta.

b) *Efectividad en la tutela de los derechos*

Esta efectividad es conseguida al admitirse, sin ningún tipo de reserva, la tutela cautelar en el arbitraje. De un lado, desde siempre, la doctrina italiana ha sido consciente de la importancia de esta forma de tutela en el arbitraje y ha intentado que la misma se ajustara a los requisitos que le son propios. De modo paralelo, el legislador italiano también ha admitido la tutela cautelar en el arbitraje, y con las reformas recientes de 1990 y 1994 ha pretendido que la regulación positiva respondiera a aquel interés.

En ningún momento las dudas interpretativas que han surgido en relación con la tutela cautelar «ante causam» han llevado a excluir esta forma de tutela. En todo caso, se es consciente de la necesidad de su admisibilidad, al permitir que el sujeto que pueda sufrir un perjuicio irreparable en su derecho, pueda solicitar medidas cautelares antes de que el arbitraje inicie.

Con el fin de que la cautela que se haya adoptado sea la que de modo más efectivo garantice la tutela de los derechos, se permite que

41. Sobre las normas de competencia para la revocación o modificación en el caso del arbitraje, Carpi, Colesanti, Taruffo: *Commentario breve al c.p.c. (Appendice...)*, op. cit. p. 232; Consolo, Sasani, Luiso: *La riforma del processo civile...*, op. cit. pp. 502 y 503; Luiso: *Arbitrato e tutela cautelare...*, op. cit. p. 263.

42. Así, Tommaseo: *Arbitrato estero e dichiarazione d'inefficacia di provvedimenti cautelari*, Rivista dell'arbitrato 1994, p. 743.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ésta pueda ser modificada a instancia de parte, o en su caso, si los presupuestos que la justificaban desaparecen, que pueda ser revocada.

Cuando llega la decisión arbitral definitiva, solamente sobrevive la medida cautelar que fue adoptada para garantizar la efectiva tutela del derecho cuya existencia el laudo reconoce. La medida sigue en vigor hasta que se haya satisfecho el derecho del sujeto al que los árbitros dan la razón. En el caso de que el contenido del laudo sea desfavorable, ya no hay razón para que la cautela siga existiendo.

c) *Simplificación de los criterios y normas sobre la tutela cautelar*

Si algo caracteriza a la nueva regulación del c.p.c. en materia cautelar es la simplificación de las normas reguladoras de esta forma de tutela. Dicha simplificación se puede apreciar, por ejemplo, en las normas relativas a la competencia. Con éstas, el legislador encomienda al juez que hubiera sido competente para conocer del asunto de no haber existido el arbitraje, la competencia en materia cautelar. Esta competencia se conserva con independencia del momento en el que se pida la cautela. También este juez será el competente para revocar o modificar, en su caso, la medida cautelar.

La simplificación de la que hablo también ha llevado a la unificación general de las normas reguladoras del proceso cautelar, entre las cuales, como ya hemos estudiado, se incluyen las normas destinadas a regular la tutela cautelar que se preste en el arbitraje. Si la doctrina clásica había reivindicado la regulación procedimental unificada del proceso cautelar, y el legislador italiano ha querido hacer suya esta propuesta, en esta regulación no podían faltar las disposiciones relativas a la regulación de la relación entre el proceso cautelar y el arbitral.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA COMERCIAL. NUEVOS HORIZONTES DE LA TUTELA DE URGENCIA. NOTICIA SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

JORGE W. PEYRANO

I. PLANTEO

Vivimos una época propicia para intentar una reformulación de la teoría cautelar clásica. Es que la praxis —esa gran maestra— ha demostrado que resulta insuficiente para proporcionar respuestas jurisdiccionales adecuadas a ciertos requerimientos «urgentes».

El talón de Aquiles de la ortodoxia cautelar está representado por el inevitable rol accesorio y subordinado que le asigna al proceso precautorio, debiendo éste en todos los casos ser seguido por la promoción oportuna (bajo riesgo de caducidad de la diligencia urgente obtenida) de una pretensión principal.

Estamos persuadidos —y no estamos solos— de que la categoría «urgencia» es más amplia que una de sus especies cual es el proceso cautelar, sin perjuicio de la identidad de ciertos presupuestos reclamados en todos los casos como la atendibilidad «prima facie» de los planteos formulados y de compartir ciertas características (v.gr., poder decretarse, en su caso, favorablemente «inaudita et altera pars»). Importa destacar que recientes certámenes científicos de trascendencia se han enrolado en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

igual corriente. Así el XVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995) declaró que: «La categoría del "Proceso urgente" es más amplia que la de Proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias». Igualmente, las VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (La Paloma, abril de 1995) señalaron que: «Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas». Más aún: buena parte de la doctrina de los autores se muestra partidaria del ideario que venimos exponiendo aunque, a veces, bajo ropajes distintos. Así es que se habla de la cautelar material[1], del proceso urgente[2], de la cautela satisfactiva[3], de las tutelas diferenciadas[4], de las medidas cautelares atípicas[5], de la tutela inhibitoria[6], de declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva[7] y, finalmente, de la que preferimos utilizar nosotros, es decir, las medidas autosatisfactiva[8]. Cabe acotar que pese a la diversidad consignada en todos los supuestos se trata más o menos de lo mismo: de que, a veces, el interés del postulante de una diligencia urgente se agota con la satisfacción de la «urgencia» (de ahí, lo de «autosatisfactivo»), no poseyendo interés alguno en iniciar un proceso principal con posterioridad, que tiene que «inventar» ante la falta de autonomía de la solución urgente lograda. Sobre el particular, hemos dicho: «Ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a "inventar" procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones mero declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos, pedimentos «cautelares» cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza»[9].

1. MORELLO, Augusto, *La cautela material,* en «Jurisprudencia Argentina», 1992, pág. 314.

2. ANDORNO, Luis, *El denominado proceso urgente (no cautelar en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano),* en «Jurisprudencia Argentia», Boletín del 7 de junio de 1995.

3. MORELLO, Augusto, *La cautela satisfactiva*, en «Jurisprudencia Argentina», Boletín del 15 de noviembre de 1995, pág. 16.

4. Así, TARZIA, G., *Intervento,* Atti del XV Convegno Nazionale, Bari 4-5 ottobre 1985, la tutela di urgenza, Rimini, Maggioli, 1985, p. 150.

5. Terminología empleada por BARRIOS DE ANGELIS, citado por Walter Guerra Pérez en su trabajo *Designación de veedores e interventores de sociedades comerciales»,* en «El libro de Ponencias de las VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal», celebradas en La Paloma en 1995, pág. 39.

6. LORENZETTI, Ricardo, *La tutela civil inhibitoria*, en «La Ley», 1995-C, pág. 1218.

7. CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., 1994, Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 37.

8. GUERRA PÉREZ, ob. cit., págs. 39, 44 y 47.

Antes de proseguir, pensamos que es imperioso diferenciar las medidas autosatisfactivas (que procuran dar soluciones urgentes en forma autónoma y que por ello se agotan en sí mismas) que involucran en cierto modo la satisfacción definitiva de lo requerido por el justiciable, de las sentencias anticipatorias —instrumentadas, por ejemplo, en el ordenamiento procesal civil brasileño[10]. Estas últimas[11], también importan una satisfacción (total o parcial) pero *provisoria* de las pretensiones del actor, obtenida en el seno de un proceso civil que continuará su curso, culminando con el dictado de la correspondiente sentencia de mérito que confirmará o dejará sin efecto la resolución anticipatoria precedente[12].

Acontece que el ordenamiento jurídico argentino cuenta en su haber con varias disposiciones legales[13] que constituyen en esencia verdaderas

9. PEYRANO, Jorge W., *Lo urgente y lo cautelar,* en «Jurisprudencia Argentina», Boletín del 8 de marzo de 1995.

10. Nuevo art. 273 del C.P.C. del Brasil, según modificación ley 8952 del 13 de diciembre de 1994. Art. 273: «El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I.— Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1.º) En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, en modo claro y preciso las razones de su convencimiento. 2.º) No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3.º) La ejecución de la tutela anticipatoria observará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los incisos I y II del art. 588. 4.º) La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5.º) Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final. 588—. La ejecución provisoria de la sentencia se hará de la misma manera que la definitiva, observando los siguientes principios: I.— Corre por cuenta y responsabilidad del acreedor, que prestará caución, obligándose a reparar los daños causados al deudor. II.— No importa los actos que importen alienación del dominio, ni permite, sin caución idónea, el levantamiento del depósito en dinero; III.— Queda sin efecto, sobreviniendo sentencia que modifique o anule la que fue objeto de ejecución, restituyéndose las costas al estado anterior.

11. PEYRANO, Jorge W., *La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular,* en «El Derecho», separata sobre Temas Procesales del 31 de agosto de 1995.

12. RIVAS, Adolfo, *La jurisdicción anticipatoria,* vide Ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, pág. 20.

13. Conf. trabajo citado en la nota 2 y también el de nuestra autoría que lleva por título *Una nueva vía procesal para preservar el derecho a la privacía: el proceso urgente,* publicado en la Revista Jurídica «Vox Juris» de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Lima-Perú).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

medidas autosatisfactivas, aunque, claro está, sin que hasta ahora hayan recibido dicho «nomen iuris». También sucede —y he aquí el motivo de la elección de la temática abordada— que una de las zonas jurídicas que dentro del derecho argentino y también del uruguayo[14] convoca un mayor número (y con mejor nitidez) de «medidas autosatisfactivas» es, precisamente, el derecho comercial y en especial el derecho societario. No puede ello sorprender cuando se repara en que se trata de uno de los sectores más dinámicos y pragmáticos del derecho y por ello abierto a soluciones heterodoxas pero con encarnadura en la realidad. Por otra parte —y para completar el círculo de explicaciones iniciado más arriba— destacamos que, frecuentemente, en materia comercial, se califica a ciertas soluciones urgentes como «cautelares» cuando, en verdad, son «medidas autosatisfactivas», puesto que no exigen posteriores promociones de acciones principales. En otra oportunidad, hemos puesto de resalto las semejanzas y diferencias existentes entre el trámite cautelar clásico y las medidas autosatisfactivas[15]. A modo de demostración de lo que venimos expresando, traeremos a cuento la constelación de cuestiones suscitadas en torno al artículo 252 de la ley argentina de sociedades comerciales[16], plétora de cuestiones que no se agota en su tenor literal. En efecto: si bien por lo común se ha calificado a la figura del referido artículo 252 de la ley de sociedades argentinas como de índole cautelar, lo cierto es que una variante de la misma originada más en su espíritu que en su letra constituye, creemos, una verdadera medida autosatisfactiva.

A continuación, reseñaremos las principales cuestiones generadas en derredor de la interpretación de la letra y el espíritu del susodicho dispositivo legal, y ya verá el lector dónde reside la medida autosatisfactiva de la que hablábamos. En primer lugar, se impone anotar que la referida suspensión judicial de la ejecución de una resolución asamblearia es de interpretación estricta o restrictiva[17], pese a que ello no surja expresa-

14. GUERRA PÉREZ, ob. cit., pág. 44: «Las medidas autosatisfactivas. El artículo 184 en su inciso 2) (alude a la ley uruguaya de sociedades comerciales) expresa que también será admisible la intervención judicial de la sociedad, cuando por cualquier causa no actúen los órganos sociales o, cuando actuando, no sea posible adoptar resoluciones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social. Decretada la intervención en cualquiera de estos casos, no será necesario entablar un juicio posterior».

15. PEYRANO, Jorge W., *Lo urgente y lo cautelar,* trabajo citado en nota 9.

16. Artículo 252 de la ley de sociedades comerciales (ley 19.550): «El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad».

17. VERÓN, Alberto, *Sociedades comerciales. Ley 19.550. Comentada. Anotada y concordada,* Bs.As., 1993, Editorial Astrea, T. III, pág. 933.

mente del texto legal[18]. En segundo término, es menester señalar que los alcances de su tenor expreso han sido considerados, justificadamente, como de índole cautelar[19]. Más concretamente: se habla en el caso de una medida cautelar innovativa[20], aunque algunos autores entienden que no es una «simple medida cautelar» sino algo más[21]. Pondérese que el funcionamiento del artículo 252 de la ley argentina de sociedades comerciales presupone que se ha emitido una decisión asamblearia cuya ejecución se pretende suspender por la vía judicial. Pero puede suceder —y aquí comienza la incidencia del espíritu más que de la letra del artículo 252 de la ley 19.550— que el socio pueda y quiera obtener la suspensión judicial no ya de la ejecución de una resolución asamblearia sino de la propia celebración de la asamblea correspondiente o de su prosecución si es que dio comienzo a sus sesiones. Ello puede ocurrir cuando, por ejemplo, ha mediado una defectuosa convocatoria a la misma (v.gr. por falta de la publicidad correspondiente). Al respecto, se ha declarado judicialmente lo siguiente: «Entre los requisitos de forma establecidos por la ley para la validez o eficacia de las decisiones adoptadas por las asambleas sociales, se encuentra la de convocatoria regular de ésta, que debe ser hecha por el órgano autorizado por ella, cumpliendo las publicaciones respectivas (artículo 237 L.S.). Ésta es una forma legal de citación que es irremplazable por cualquier otro medio, incluso la citación personal, que permite presumir de iure que con ella han tomado conocimiento los accionistas»[22]. A la doctrina no le ha pasado inadvertida la posibilidad de hacer valer en el caos algún déficit en el trámite de convocatoria a una asamblea de sociedad anónima[23]. Es más: en la praxis argentina no faltan los casos en los cuales el socio que padece un déficit de convocatoria a una asamblea de una sociedad anónima haya planteado y obtenido —aunque el tenor del artículo 252 L.S. no contemple expresamente el supuesto— la suspensión judicial de la misma. Sobre el particular, FARINA precisa que: «La ley de sociedades no contiene disposición alguna que regule la posibilidad de plantear judicialmente como medida previa la oposición a la celebración de una asamblea manifiesta-

18. NISSEN, Ricardo, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias,* Bs.As., 1989, Editorial Depalma, pág. 182.

19. Ibídem, pág. 183.

20. Ibídem, pág. 184.

21. BENDERSKY, Mario, *Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas*, en «Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones», Bs.As., 1977, año 10, editorial Depalma, pág. 41.

22. *Juris,* Tomo 81, pág. 269.

23. BENDERSKY, ob. cit., pág. 18.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente mal convocada o cuando no se ha permitido a un accionista presentar sus acciones en término, o se le impide el acceso a la asamblea, etc. El artículo 252 se refiere a la suspensión preventiva de la ejecución de la resolución impugnada, lo cual significa que debe existir una resolución adoptada por una asamblea ya realizada[24]...». Más adelante y en posición que compartimos, sostiene que: «Pareciera que la ley no admite una medida procesal como la que planteamos. Sin embargo, creemos que está dentro de las facultades jurisdiccionales de los jueces ordenar la suspensión de la celebración de una asamblea cuando resulta evidente la violación grosera de los requerimientos esenciales exigidos para declararla válidamente constituida[25]. Ahora bien: tal creación pretoriana —es decir, la de suspender judicialmente la celebración (y ya no la ejecución de una resolución asamblearia) de la asamblea de socios de una Sociedad anónima a raíz de ciertas falencias (por ejemplo, en su convocatoria) conocidas por el socio con bastante antelación, ¿es o no es una medida autosatisfactiva? Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa. Por de pronto, no advertimos la concurrencia de razón atendible alguna para obligar al accionista del caso a esperar la adopción de una resolución asamblearia cuya validez está condenada de antemano. Por otro lado no visualizamos ni la necesidad (y ni tan siquiera la posibilidad) por parte de quien obtuviera la suspensión judicial de la realización judicial de la asamblea correspondiente, de tener que promover alguna pretensión principal con posterioridad. Estamos, entonces, ante una medida autosatisfactiva en sede comercial, pariente próxima de las diligencias cautelares pero que se diferencia de éstas por su autonomía y por conceder, en cierta forma, una satisfacción definitiva a los requerimientos de quienes reclaman su dictado.

II. Conclusiones

1. Las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables «inaudita et altera pars» y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como, por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Tampoco debe confundirse con las sentencias anticipatorias.

2. El derecho comercial argentino en general y el societario en particular, registran en su seno varias figuras cautelares y también medidas autosatisfactivas. Prueba de ello lo constituye la problemática correspondiente a la suspensión judicial de la celebración de asambleas de sociedades anónimas y de la ejecución de sus resoluciones asamblearias.

24. Farina, Juan, *Tratado de sociedades comerciales. Sociedades Anónimas,* Rosario, 1979, Editorial Zeus, pág. 293.
25. Ibídem, pág. 293.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL NUEVO TRIBUNAL DEL JURADO EN RUSIA

Dr. iur. Stephen C. Thaman
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
Saint Louis University, Missouri, EE.UU.

I. Promulgación de la ley del jurado

Las grandes reformas judiciales del zar Alejandro II en el año 1864 se aplicaron a problemas semejantes a aquellos con los que se han enfrentado los reformadores en la Unión Soviética de Gorbachov y en la Rusia de Yeltsin: una judicatura corrupta, inexperta y políticamente servil, una fiscalía que era simultáneamente el perro guardián del poder ejecutivo (ya fuera de la monarquía o del partido imperante) y el acusador en casos penales, y un procedimiento penal que permitía pocas salvaguardas o derechos de participación de la defensa en el enjuiciamiento criminal. La participación popular en los juicios penales fue introducida en la forma de «jurado puro» como parte de las reformas del año 1864, que también establecían una judicatura y una abogacía independientes y profesionales, y eliminaban la función de vigilancia del fiscal sobre los actos de otros ministerios o instituciones del gobierno, restringiéndola a su actuación como acusador en los juicios penales.

El programa de los llamados reaccionarios de ataque a las reformas, sobre todo al jurado, condujo a una reducción de su ámbito (eliminación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de su competencia en delitos políticos o de imprenta), pero no a su abolición. Los bolcheviques cumplieron el programa máximo de los reaccionarios en el año 1917 con el fin de establecer un sistema penal controlado por el Partido Comunista y subordinado a su ideología proletaria. Restablecieron el omnipotente Ministerio Fiscal de Pedro I, destruyeron la abogacía independiente y reemplazaron el jurado por un obediente tribunal escabinado formado por un juez y dos «asesores del pueblo» legos, elegidos por las organizaciones sociales y laborales controladas por el partido.

El sistema de justicia penal de los bolcheviques fue sorprendentemente semejante al de la Rusia zarista de antes de las reformas de 1864. Y fue la revelación pública de las injusticias del sistema soviético, desde la violación cotidiana de los derechos de sospechosos e imputados hasta la condena a muerte de inocentes, la causa de la política de «glasnost» que dio impulso a reformas del sistema de justicia penal en la epoca de la «perestroika» de Gorbachov y después en la Rusia de Yeltsin.

Aunque Gorbachov había apoyado la introducción del tribunal del jurado y un procedimiento de adversarios, junto con la presunción de inocencia, y aunque se habían incluido estos principios en los nuevos Principios de una Ley del Poder Judicial en 1989, estas reformas no se implementaron durante su mandato.

El primer programa global de reforma de la justicia fue el «Concepto de Reforma Judicial» que fue aprobado casi por unanimidad por el Soviet Supremo de la República Rusa en Octubre de 1991, poco después del intento de golpe de Agosto y de la caída de Gorbachov.

El «Concepto» criticaba a fondo el sistema soviético de justicia penal y proponía reemplazar el escabinado soviético por un jurado «puro», porque:

> «Cuando la estabilidad es más importante que la verdad y la legalidad más apropiada que la justicia, basta un tribunal de jueces profesionales. Pero cuando la aplicación de la ley es más espantosa que la comisión del delito, y cuando el acusado está convencido de su inocencia y la sociedad no puede confiar en el estado para tomar decisiones justas, tenemos que establecer el jurado.»

La nueva Ley del Jurado ruso fue promulgada el 16 de julio de 1993 por el Soviet Supremo de la Federación Rusa, pero el nuevo procedimiento fue restringido provisionalmente a 9 regiones del país: las re-

giones de Moscú, Ivanovo, Ryazan, Saratov, Rostov-sur-el-Don, y Ulyanovsk y los Territorios de Altaí, Krasnodar y Stavropol. La Constitución de la República Rusa de 1978 ya fue reformada en 1991 para garantizar el derecho a un tribunal de jurado, y en el año 1992 para añadir un procedimiento contradictorio, y la nueva Constitución de diciembre de 1993 ha incluido derechos semejantes.

II. Disposiciones generales para el juicio con jurado

La nueva ley del jurado ruso tiene competencia en todos los juicios penales que se celebran en el nivel de los «tribunales regionales o territoriales», homólogos de las «audiencias provinciales» de España. Se trata principalmente del juicio de delitos graves en que amenaza la pena de muerte, como asesinato con circunstancias agravantes, violación de niños, aunque la competencia de los tribunales regionales incluye otros delitos como falsificación de moneda o el cohecho.

Al finalizar la instrucción del sumario, cuando el investigador decide acusar al imputado de un delito dentro de la competencia del tribunal provincial, tiene que informar a aquél de su derecho a ser juzgado por un tribunal de jurado. La participación de un abogado es obligatoria en el momento de este aviso, pero la decisión es únicamente del imputado. Puede pedir un jurado, quedarse con el jurado escabinado (un juez técnico y dos asesores legos), o elegir un tribunal de tres jueces técnicos, una elección introducida por la Ley del Jurado.

El tribunal de jurado ruso se compone de 12 jurados y dos suplentes, igual que antes de la revolución, y un juez técnico preside (eran tres antes de la Revolución).

Desde la conclusión del sumario es obligatorio que el imputado esté representado por un abogado y se le nombra de oficio en casos de pobreza. A los abogados de oficio se les paga unos honorarios equivalentes a un cuarto del salario mínimo oficial por cada día de trabajo en el tribunal. En el primer juicio con jurado, en la región de Moscú, la abogada defensora recibió unos honorarios de sólo 15 dólares por hacerse cargo de la defensa desde la conclusión del sumario hasta el fallo, después de un juicio de 5 días. Por eso los abogados famosos no quieren aceptar la defensa de oficio y prefieren ganar honorarios altos en el nuevo mercado cowboy de la nueva Rusia.

De los 1,860 casos dentro de la competencia de los nuevos tribunales regionales en que el imputado tenía derecho a un tribunal de jurado,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

entre el 1 de Noviembre de 1993 (cuando empezaron los procesos) y el 1 de Enero de 1995, los imputados pidieron juicio con jurado en sólo 379 casos (un 20% del total).

III. La audiencia preliminar

La ley del jurado ruso introduce una nueva audiencia preliminar presidida por el mismo juez que va a presidir el juicio oral. La audiencia se celebra en sesión secreta con la participación del acusado, el fiscal y el defensor. En la audiencia preliminar el juez decidirá la apertura o no del juicio oral, o el sobreseimiento parcial de algunos actos punibles. El acusado tiene entonces la posibilidad de renunciar al tribunal de jurado. El juez puede también devolver la acusación al investigador para que realice las diligencias que estime necesarias para la comprobación del hecho justiciable.

Hasta el 1 de Enero de 1995, casi el 18% de los casos que habían pedido ser juzgados por jurado en la investigación preliminar se han devuelto para realizar diligencias suplementarias. En 83 de los 379 casos (21.8%), los acusados han renunciado a su derecho a un tribunal de jurado. Según mi opinión, los abogados defensores, los fiscales, los investigadores y los propios jueces a veces están presionando a los imputados y acusados para que renuncien a su derecho a un tribunal de jurado.

IV. La inadmisibilidad de pruebas obtenidas ilegalmente

A. *El procedimiento*

Según el art. 50.2 de la Constitución Rusa y el Código de Procedimiento Penal (como reformada por la ley del jurado) las pruebas recogidas que violen el CPP o la Constitución Rusa no son admisibles en el juicio oral. La propuesta para impugnar la legalidad de las pruebas se puede hacer a petición de las partes y también de oficio por el juez durante la audiencia preliminar, pero en ese caso sólo las pruebas recogidas en el auto del sumario; o durante el propio juicio oral, si se necesita oír testimonios suplementarios.

A menudo, los jueces de primera instancia han excluido pruebas a veces importantes que se habían recogido ilegalmente, y también han excluido confesiones porque el investigador no ha informado al imputado de su derecho a no declarar y a no inculparse, garantizado por el art. 51 de la Constitución Rusa. El Tribunal Supremo ha frenado esta práctica y ha negado esta interpretación, semejante a la del Tribunal Supremo de los EE.UU. en la decisión *Miranda v. Arizona*, cuando anuló una sentencia de absolución del Tribunal Territorial de Altaí por el asesinato de dos personas, porque el juez había excluido sus confesiones (¡por supuesto porque los investigadores lo habían presionado para inculparse!).

V. La selección de los jurados

Los candidatos a jurados sorteables se extraen de las listas del censo electoral vigente de la región en que se ha cometido el delito, y son los ciudadanos de 25 años o más registrados en las listas. La lista de incapacidades y incompatibilidades es semejante la de la ley española. Los funcionarios regionales compilan una lista general y listas más cortas para los sorteos anuales. Para emergencias se compila una lista de suplentes con ciudadanos de la capital provincial.

Después de la audiencia preliminar el juez dispondrá que el funcionario administrativo de la región realice un sorteo de al menos 20 candidatos para la causa señalada, y se notificará a estos candidatos a fin de que comparezcan el día señalado para la vista del juicio oral en el lugar en que se haya de celebrar.

El día y hora señalados para el juicio, el juez interrogará a los jurados por si en ellos concurriera alguna causa de incapacidad, incompatibilidad, prohibición o excusa prevista en la ley. También podrán las partes, a través del juez, interrogar a los jurados repecto a una recusación con causa. Después de las recusaciones con causa el juez reducirá el número de jurados hasta que queden 18 candidatos, pues el fiscal puede recusar sin causa hasta dos candidatos y el acusado puede reducir el número de jurados hasta 14, es decir, recusar de 2 a 4 candidatos (cuando el fiscal no ha ejercido sus recusaciones). Si es necesario, el juez reduce el número de jurados hasta 14 al azar y elige (también al azar) los doce primeros para actuar como jurados y los dos últimos como suplentes en la causa.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

VI. El juicio oral

A. *Disposiciones generales*

La Ley del Jurado Ruso ha implementado por primera vez los siguientes derechos que ya habían sido garantizados en la Constitución Rusa: los derechos a un procedimiento de adversarios, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo, y a no ser juzgado con pruebas obtenidas ilegalmente.

La institución del procedimiento de adversarios tiene como fin el cambiar el papel del juez, que era el de «buscador de la verdad», por el de garante de los derechos iguales de las partes, y que, «manteniendo su objetividad e imparcialidad, establece las condiciones necesarias para una investigación minuciosa y completa de los hechos del caso».

La ley tiene como objetivo la eliminación de los siguientes poderes «acusadores» que tenía el tribunal de escabinado vigente en Rusia: el poder de añadir nuevos cargos, de impedir un sobreseimiento por parte del ministerio fiscal, de devolver el caso ex oficio al investigador, y de enjuiciar el caso sin la participación del fiscal (en la mitad de los casos, en el tribunal de escabinado no comparecía el fiscal para participar en el juicio oral, dejando el papel de acusador al propio juez como «acusador de emergencia»). También en el jurado ruso el juez no comienza los interrogatorios del acusado y de los testigos, como en el tribunal de escabinado ruso, sino que deja a las partes llevar a cabo el interrogatorio principal. En el tribunal de jurado la comparecencia del fiscal y del defensor es obligatoria.

Aunque el juez no puede ex oficio devolver el caso al investigador después de que ha comenzado el juicio oral en el tribunal de jurado, puede hacerlo si una de las partes se lo pidiera. También el juez debe acceder al sobreseimiento pedido por el fiscal, si el perjudicado está de acuerdo. El peligro de estas dos excepciones fue evidente en el segundo tribunal de jurado en la región de Moscú. Después de 6 días de juicio oral por un delito de asesinato, en que los acusados eran tres jóvenes, el fiscal pidió el sobreseimiento del caso por falta de pruebas que corroboraran la confesión que había retirado uno de los jóvenes. La viuda del fallecido alcohólico que participaba en el caso como parte perjudicada y no sabía nada de los pormenores del asesinato, no estuvo de acuerdo y pidió que se devolviera el caso al investigador 16 meses después del asesinato para recoger nuevos testimonios. Esta práctica, que había empleado a menudo el tribunal soviético para cerrar casos en que la absolución fuera adecuada, fue la que empleó también el juez en este caso. Pero el caso se volvió a abrir, con otro tribunal de jurado, con otro juez y otro fiscal, y los tres jóvenes fueron condenados.

La devolución del caso al investigador en vez de dejar al jurado la decisión de culpabilidad me parece una violación de la garantía del «juez predeterminado por la ley» por lo menos en el sentido norteamericano de esta doctrina. Cuando el acusado acepta «su jurado», el tribunal que lo va a enjuiciar y la selección en la que ha participado, el juez no puede disolver el jurado y privar al acusado de que resuelva su caso. En los EE.UU. sería una violación de la protección contra *ne bis in ídem,* no ser juzgado dos veces. También la Constitución Rusa prevé en el mismo art. 47 la garantía del «juez predeterminado por la ley» y el derecho a ser juzgado por el jurado. Supongo que la práctica es un vestigio de un sistema inquisitorial en que se presume que el acusado es culpable y da a sus acusadores repetidas oportunidades para comprobar lo que se ha supuesto. Sin embargo mis argumentos en este sentido en las revistas rusas no han tenido todavía ninguna influencia en la jurisprudencia del TSFR.

B. *La celebración del juicio oral*

Después de la selección del jurado, su juramento y la elección del portavoz, el fiscal leerá la calificación de los hechos punibles en la acusación, y evitará la mención de condenas anteriores que no son admisibles durante el juicio oral. Después el juez preguntará al acusado si se confiesa o no reo del delito que se le haya imputado en la acusación, y si quiere explicar lo que sabe de los pormenores del asunto. Si todos los acusados han confesado su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de la acusación y sus defensores no consideran necesaria la continuación del juicio, el juez puede limitar el juicio a las pruebas que necesitan aclaración y comenzar inmediatamente con los informes de las partes.

Es decir, el procedimiento penal ruso no es todavía una cuestión de alegato y sentencia como en los EE.UU., ni es un tipo de conformidad como el español. Y he visto un caso, en la región de Ivanovo, en que el joven acusado había confesado su culpabilidad en un asesinato con agravante, un intento de violación a una muchacha y un hurto. El juez le preguntó si quería explicar su responsabilidad y el respondió que no podía, porque estaba tan ebrio que no recordaba lo que había hecho. El

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

juicio siguió y al final el jurado lo absolvió de todos los cargos más graves: el asesinato, el intento de violación y el hurto.

Aunque el acusado en la mayoría de los juicios en los tribunales de jurado ha dado su testimonio al principio, como era antes de la revolución y también en el tribunal escabinado, a veces los jueces dan al acusado la alternativa de testificar al principio o después de los testigos y peritos o, naturalmente, de callarse.

En los primeros juicios los jueces permitían a los acusados y testigos declarar en forma narrativa, como en el actual tribunal escabinado ruso, y después las partes podían hacer preguntas. Paulatinamente, los jueces han comenzado a permitir que los partes interroguen a los testigos más a la manera norteamericana. Al final de los interrogatorios de las partes, el juez también puede hacer preguntas, pero algunos jueces han comenzado a jugar un papel mas pasivo, como los jueces norteamericanos. Los jurados también pueden hacer preguntas en forma escrita a través del juez y han aprovechado este derecho a menudo, especialmente cuando las partes no habían sido capaces de interrogar con eficacia a los testigos y el juez había jugado un papel pasivo.

Los perjudicados de los actos punibles por los que se enjuicia el acusado tienen casi todos los derechos de las otras partes a preguntar al acusado y a todos los testigos y peritos, a expresar su opinión antes de que el juez decida cada cuestión de derecho, y a dar un informe al final del juicio. Esta «participación popular» en el juicio penal tiene sus aspectos negativos. Normalmente los perjudicados han sido las viudas o las madres de las víctimas de asesinatos, con un bajo nivel de estudios, sin representación, y sin ninguna comprensión de las cuestiones legales a las que debían responder. A veces han comentado en su informe las condenas anteriores del acusado, a veces gritando directamente «él ya ha matado una vez» para que los jurados se enteraran. Otras veces han ayudado a la defensa, por ejemplo, cuando las viudas de las dos víctimas en el primer juicio en la región de Moscú agradecieron al acusado durante el juicio oral que hubiera matado a sus esposos: «El no era un ser humano, era un animal, y debían haberlo ahorcado 4 veces y fusilado otras 5», gritaba una de las viudas cuando el fiscal mantenía que su esposo era ser humano.

C. *Determinación del objeto del veredicto*

Después de los informes de las partes y de «la última palabra» del acusado, el juez preparará el objeto del veredicto en forma de una

lista de preguntas para el jurado. Vinculadas a cada acto punible en la acusación se deberán formular tres cuestiones básicas: (1) ¿Se ha comprobado que se ha cometido el acto punible?; (2) ¿Se ha comprobado que el acusado ha cometido el acto punible?; y (3) ¿Es culpable el acusado de haber cometido el acto punible? El juez puede consolidar estas tres preguntas en una sola cuestión que incluya todos los aspectos. Además puede formular cuestiones sobre circunstancias agravantes o atenuantes, o que cambian la calificación del delito, excusan o justifican el acto.

No se incluyen cuestiones sobre condenas anteriores, o sobre la condición de reincidente del acusado, ni «otras cuestiones que necesiten calificación jurídica.» Las partes pueden participar en la formulación de las cuestiones, pero al final decide el juez.

Los problemas siguientes han atormentado a los jueces en los primeros tribunales de jurado: (1) ¿Cuándo puede el juez consolidar las tres preguntas básicas en una única cuestión? (2) ¿Cuántos detalles de las acusaciones deben incluirse en las cuestiones para que, en caso de un veredicto de culpabilidad, el juez pueda dictar la sentencia? (3) ¿Cómo se deben formular las cuestiones sobre las circunstancias agravantes o atenuantes? (4) ¿Cómo formular la pregunta de culpabilidad en relación con las cuestiones de *corpus delicti* y de actuación y con cuestiones sobre excusas o justificaciones? y (5) ¿Qué cuestiones son «cuestiones de hecho» para el jurado y «cuestiones de derecho» para el juez: circunstancias agravantes o atenuantes, excusas o justificaciones, estados mentales de los acusados, calificaciones de los actos punibles en sí mismos?

La separación de la cuestión de culpabilidad en tres partes era parte del procedimiento en el tribunal ruso antes de la revolución, pero en aquel entonces fue criticado porque daba a los jurados la posibilidad de anular la ley y absolver, aunque el fiscal hubiera probado que el acusado había cometido el acto punible. De hecho, en el famoso caso de Vera Zasulich en 1878, el jurado absolvió a una mujer joven aún aceptando que ella había disparado a un oficial zarista y lo había herido gravemente. Aunque el famoso magistrado A.F. Koni, que fue el magistrado presidente en el caso de Zasulich, apoyó los poderes del jurado de anular la ley, también apoyó la introducción en Rusia del veredicto anglosajón, en que el jurado solamente decide la culpabilidad de los delitos propuestos por la acusación y aplica los principios de derecho explicados por el magistrado en sus instrucciones al jurado.

En 1995 un tribunal de jurados en la región de Ivanovo ha absuelto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

una mujer que había matado a su esposo con un cuchillo mientras él estaba ebrio, porque estaba harta de su alcoholismo, de las palizas continuas y de que se gastara el dinero de ella en vodka. El jurado halló probado el *corpus delicto* del asesinato y su responsabilidad en la comisión del acto, pero negó su culpabilidad.

El Tribunal Supremo de la Federación Rusa (TSFR) ha decidido que el magistrado, cuando dicta la sentencia, debe referirse solamente a los hechos hallados probados por los jurados en el veredicto, y por eso ahora la tendencia es a formular largas y detalladas cuestiones, casi repitiendo las formulaciones de los ya bastante detallados autos de acusación. Ha habido ya listas con 19 cuestiones (por un único delito de asesinato) y con 43, 52 y 87 cuestiones (en casos con varios delitos o varios acusados).

Baste decir que la formulación de la lista de cuestiones constituye el acto procesal más complicado y difícil en los primeros tribunales de jurado ruso. Los magistrados han experimentado grandes problemas en la formulación de cuestiones sobre legítima defensa, homicidio pasional, homicidio por imprudencia, etc.

El problema más importante es el que trata de la división del trabajo entre jurado y juez técnico. El TSFR ha interpretado la prohibición de la formulación de «otras cuestiones que necesitan una evaluación jurídica por parte de los jurados en la emisión de su veredicto» como prohibiendo:

> «el uso de términos jurídicos como homicidio intencional o por imprudencia, homicidio intencional con crueldad extraordinaria, homicidio intencional por gamberrismo, o por dinero o recompensa, homicidio intencional pasional u homicidio en legítima defensa, cuando el acto ha superado la necesidad racional del medio empleado, violación, robo, etc.»

La Sentencia Núm. 9 y la casación de varias sentencias en las que el jurado, en vez de limitarse a averiguar «los hechos desnudos» que ha cometido el acusado, había aplicado él mismo las normas judiciales a los hechos dados por probados en sus respuestas a las cuestiones en el objeto del veredicto, el Tribunal Supremo Ruso se ha hundido en una vieja controversia sobre el papel del jurado en el juicio oral continental europeo.

Aunque los juristas ingleses y norteamericanos se refieren a menudo al jurado como «jueces de hecho» y al juez como «juez de derecho», la forma sencilla del veredicto anglo-americano —culpable o no culpable del delito imputado— exige al jurado aplicar las normas judiciales, sobre las que les ha instruido el juez antes de comenzar a deliberar, a los he-

chos comprobados en el juicio oral. Cuando los franceses introdujeron el jurado después de la revolución de 1789, intentaron restringir el jurado a la decisión sólo de cuestiones de «hechos desnudos o históricos» siguiendo la tutela de Montesquieu, pero la ciencia jurídica alemana ha rechazado esta interpretación a causa de la imposibilidad de separar claramente los cuestiones de hecho y las de derecho. Sin embargo, esta interpretación ha conducido paulatinamente a un rechazo del jurado y a su reemplazo por el tribunal escabinado.

Pero la decisión de rechazar el jurado solamente tiene sentido si la ciencia jurídica no acepta que el jurado *aplicará las normas jurídicas a los hechos probados,* como en el juicio anglo-americano. Y la moderna Ley del Jurado Ruso, como las leyes rusas y alemanas del siglo diecinueve, asignan al jurado la competencia de establecer la culpabilidad del acto punible imputado. ¿Y qué es ésto sino una cuestión mixta de hecho y derecho?

¿Por qué además va a instruir el juez ruso al jurado sobre las normas jurídicas que han de aplicar en sus deliberaciones, si su competencia es solamente la de determinar qué actos históricos ha cometido el acusado? También, si la opinión núm. 9 del TSFS no permite al jurado determinar si considera probadas o no las circunstancias agravantes, que desencadenan la pena de muerte, o las circunstancias atenuantes, que negarán la pena de muerte, ¿no sería una violación del art. 20 de la Constitución Rusa, que garantiza el derecho a ser juzgado por el jurado en casos en que amenaza la pena de muerte?

La interpretación de la Ley del Jurado Ruso por el TSFR priva al jurado de la importante función que le habían dado los reformadores, la de decidir los casos más graves. Como decía el renombrado jurista alemán Anselm Feuerbach ya el el año 1813:

> «Si al jurado se le pregunta solamente si ciertos hechos históricos, que le han presentado, son verdaderos o no, entonces los jueces se quedarán como dueños y señores de la cuestión de culpabilidad o inculpabilidad del acusado, porque la *calificación* del hecho siempre dependerá de su opinión.»

Vinculado con cualquier veredicto de culpabilidad, tiene el jurado que contestar si el acusado merecerá lenidad o lenidad especial. Si el veredicto fuera de culpabilidad en un delito capital, una declaración de lenidad negará la imposición de la pena de muerte, y si la pena máxima fuera una pena privativa de libertad, el juez no podrá imponer una pena superior a la media entre la pena mínima y la pena máxima. Si el jurado

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

declarara la lenidad especial, el juez tendrá que imponer una pena privativa de libertad menor que la pena mínima prevista en el Código Penal o una forma de pena menos severa.

D. *El Resumen del juez y los instrucciones a los jurados*

Antes de que deliberen los jurados, el juez les explicará los pormenores de la acusación y las normas jurídicas que se aplicarán en sus contestaciones a las cuestiones en el objeto del veredicto y en la propia deliberación. También debe resumir la posición del fiscal y las pruebas que la apoyan, así como la posición de la defensa y las pruebas que apoyan a ésta. Está prohibido que el juez exprese su opinión en modo alguno sobre la manera de contestar a las cuestiones en el objeto del veredicto. Las partes tienen la oportunidad de impugnar la objetividad del resumen del juez al final y, si no lo hacen, no podrán apoyarse en la falta de objetividad en un recurso de casación.

En tanto en cuanto el juez debe informar a los jurados de su capacidad para declarar la lenidad o lenidad especial, también debe informarles sobre las penas que amenazan al acusado en caso de condena.

E. *Deliberación y veredicto*

La deliberación del jurado es secreta y los jurados suplentes no pueden participar si no han reemplazado a un jurado regular. Según la ley, los jurados deben esforzarse por alcanzar un veredicto unánime pero, si no alcanzan este fin durante las primeras tres horas de deliberación, podrán contestar a las cuestiones. Para declarar probados los hechos que significan la culpabilidad del acusado, se requieren al menos siete votos. Seis votos bastan para establecer la inculpabilidad o para declarar no comprobados los hechos imputados.

Durante sus deliberaciones los jurados pueden demandar al juez explicaciones suplementarias de las normas jurídicas, reformulaciones de las cuestiones y también pueden pedir que el juicio oral se vuelva a abrir para oír pruebas nuevas.

Cuando los jurados han contestado a las cuestiones, vuelven a la sala del juicio y entregan al juez su veredicto. Si el juez determina que las contestaciones a las cuestiones no están completas o son contradictorias, devolverá la lista de cuestiones al portavoz para que el jurado continúe sus deliberaciones.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

F. *De la sentencia*

Si el veredicto fuese de inculpabilidad, el juez dictará en el acto sentencia absolutoria del acusado, ordenando su inmediata puesta en libertad. Cuando el veredicto es de culpabilidad, el juez concederá la palabra al fiscal y demás partes para que informen por orden sobre la pena y sobre la responsabilidad civil.

El juez tiene que calificar los hechos declarados probados como delitos punibles según el Código Penal y dictar una sentencia basada solamente en los hechos declarados comprobados por el jurado. Aunque las declaraciones de lenidad o lenidad especial limiten la gama de penas posibles, el juez puede referirse a las condenas anteriores que fueron inadmisibles en el juicio oral entre los jurados.

El juez puede anular un veredicto de culpabilidad, disolver el jurado y convocar un nuevo juicio oral con un nuevo jurado, si piensa que las pruebas eran suficientes para emitir un veredicto de inculpabilidad. También puede absolver a un acusado condenado por el jurado, si los hechos que declara comprobados no se califican como delito punible.

G. *El recurso de casación*

El recurso de casación, del que conocerá la Sala de Casación del Tribunal Supremo, se interpone contra sentencias de condena *y de absolución,* por parte del fiscal, de la defensa y de los perjudicados.

Procede el recurso de casación cuando se hubiere infringido un precepto penal o procesal de carácter sustantivo, cuando el juicio oral fue incompleto o no imparcial a causa de una decisión errónea de excluir pruebas probatorias o de incluir pruebas inadmisibles, o cuando la sentencia fue injusta.

En el primer año de los tribunales de jurado, el TSFR ha anulado 19 sentencias después de un veredicto del jurado. De los diez veredictos de absolución en que se ha interpuesto un recurso de casación, ¡el TSFR ha anulado nueve!

VII. Conclusión

Un análisis de los primeros juicios rusos con jurado ha mostrado qué erróneas eran las aprensiones de los juristas en le sentido de que el pueblo ruso sería despiadado como jueces en casos penales, a causa

de su vida difícil, sin esperanza y de las nuevas condiciones de amenaza de una criminalidad creciente. La lenidad de sus veredictos ha sido sorprendente. En 102 de los primeros 114 casos con jurado en Rusia la imposición de la pena de muerte era posible. De los 119 acusados a los que amenazaba la pena de muerte, se dieron veredictos de culpabilidad, sin declaraciones de lenidad, que permitieron la imposición de la pena de muerte en relación con 32 acusados solamente. A sólo 3 de estos condenados el juez les ha impuesto la pena de muerte, y el Tribunal Supremo ha anulado cada una de estas sentencias. 22 procesados recibieron la pena máxima de 15 años de privación de libertad. En relación con otros 28 procesados el jurado ha emitido un veredicto de culpabilidad del delito capital, pero ha recomendado lenidad, y en relación con seis más, la lenidad especial. En las sentencias de otros 23 procesados han calificado el delito como homicidio sin circunstancias agravantes o como un homicidio menor (pasional, por imprudencia o en superación del derecho de defensa legítima), o solamente de lesiones o de tentativa.

Finalmente, los jurados absolvieron completamente a 17 procesados de los delitos de homicidio.

En los 12 juicios en que no amenazaba la pena de muerte, hubo veredictos de absolución en 6, condenas por delitos menos graves en tres y recomendaciones de lenidad en todos los demás.

Las estadísticas del Tribunal Supremo muestran que, hasta el 1 de enero de 1995, hubo 173 juicios con 241 acusados en los 9 tribunales regionales/territoriales. Se produjeron 33 absoluciones completas en relación con 44 procesados (18,2% de todos los acusados).

Con el nuevo tribunal de jurado y la introducción de un procedimiento más de adversarios han cambiado los papeles de los participantes más importantes en el juicio penal: el juez, el fiscal y el defensor. Como se ha privado al juez de sus funciones acusadoras, el fiscal tiene que evaluar la calidad de las investigaciones preliminares con más cuidado, porque los jurados no son como los jueces de la epoca soviética: ellos no confían de ningún manera en la rectitud de las policías o de los investigadores, y absuelven cuando hay dudas, por ejemplo, si una confesión fue obtenida por coacción (que es una práctica viejísima en Rusia) y por eso no se considera fiable sin corroboración por otras pruebas.

La mayor debilidad del sistema de justicia ruso es la falta de profesionalidad, la incapacidad y la brutalidad de las fuerzas de orden público en Rusia. El jurado puede tener una influencia saludable con

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sus veredictos de inculpabilidad en la reforma de la investigación preliminar que ha causado tanto sufrimiento en la epoca soviética y continúa haciéndolo.

Y la nueva ley ha dado a los defensores una verdadera función en el juicio oral. Pueden ejercer una influencia auténtica en los «jueces de hecho» y alcanzar lo que era imposible en la época soviética: la absolución de un cliente inocente o la lenidad por un cliente culpable.

A pesar de estos resultados positivos, el futuro del tribunal ruso no es seguro. Todavía no se ha extendido el nuevo procedimiento a otras regiones. Los abogados y fiscales no apoyan el nuevo sistema porque demanda más trabajo, más responsabilidad y una nueva técnica retórica, y además no paga. En el turbulento estado de la política rusa, el futuro de todas las reformas rusas, incluyendo las del sistema de justicia, no es seguro.

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

NURIA REYNAL QUEROL
UAB

1. EL JUEZ

EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA VISTA EN EL CORRESPONDIENTE JUICIO ORAL ESTÁ INCLUIDO EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

STS Sala 2.ª de 14 de febrero de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único: Uno de los motivos de este recurso se plantea al amparo del art. 5.4 LOPJ para denunciar infracción del art. 24 CE en cuanto garantiza el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, al entender la recurrente que ese derecho ha sido violado en su caso al privársele de la posibilidad de que se celebre el juicio oral y público al que se someta a la persona acusada de dar muerte a su fallecido hijo.

El art. 645 LECrim. determina privar al querellante del derecho a que la causa sea vista en el correspondiente juicio oral, en el que pueda expresar sus peticiones procesales y sustanciarlas mediante la práctica de las pruebas pertinentes, así como impedirle contar en el momento en que el Tribunal dicte su sentencia con la motivación de esa resolución, elementos que la jurisprudencia constitucional viene considerando como incluidos en el derecho a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, y la carencia de ellos, cuando no se permiten los medios conducentes a obtenerlos, constituye una indefensión

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

material (TC SS 297 y 314/1994, entre las más recientes).

En la parte dispositiva del auto acordando el sobreseimiento libre de la AP Madrid objeto de recurso no se dice expresamente por qué número del art. 637 LECrim. se acuerda, pero en la fundamentación del mismo auto se afirma la coherencia de la aplicación al caso del núm. 3.º de ese artículo y de la eximente de la legítima defensa, por lo que se entiende sin lugar a dudas que es por ese núm. 3.º por el que se concluye la procedencia de dictar auto de sobreseimiento libre.

La providente disposición del art. 645 de la vieja LECrim. protege la pretensión del acceso de la parte, que en el caso mantiene la acusación, a la realización de un juicio en el que se pueda dar cumplida satisfacción a su derecho a la tutela judicial efectiva sin que se le produzca indefensión, todo lo que el art. 24.1 CE le garantiza.

El motivo debe ser acogido, y su estimación hace ya innecesario la consideración del otro motivo del recurso que se intenta, sobre la infracción de Ley en la aplicación del art. 8.4 CP, tema del que, en su momento, se ocupará el juicio que habrá de celebrarse.

Interpretación del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

STS Sala 3.ª de 16 de febrero de 1995.

Fundamentos de derecho

Primero: La representación procesal del recurrente, al amparo del art. 94.1.4 LJCA, aduce, como motivo único de casación, la interpretación errónea por la Sala de los arts. 769 LECrim. y 200, 202 y cc. del Regl. Notarial, por considerar que el acta Notarial, a que se refiere el art. 769 LECrim., cuyo testimonio debe presentar para acreditar haber reclamado al Juez o Tribunal que hubiera debido facilitarlos o mandarlos expedir los documentos necesarios para promover el antejuicio a Jueces y Magistrados, en los supuestos de los arts. 767 y 768 LECrim., ha de ser un acta de requerimiento, regulada en el art. 202 del Regl. Notarial y no un acta de presencia regulada en el art. 200 del mismo tal y como entiende la sentencia de instancia.

El recurrente, sin embargo, tras afirmar que la sentencia recurrida se basa fundamentalmente en «A) En que la diligencia legalmente prevista persigue hacer constar que se hizo la reclamación, para lo cual el acta de presencia (entendemos que por error se dice acta de requerimiento en el escrito del recurrente) es idónea. B) Que el Notario, e igualmente el particular a través de este funcionario, no puede requerir al órgano jurisdiccional», manifiesta su conformidad con la doctrina sentada en el segundo de los argumentos, «de aplicación general», dice, «excepto en el caso que nos ocupa», y manifiesta su clara disconformidad con

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el primero, «dado que el fin es acreditar lo que ya pasó, que hubo requerimiento y a tal fin ha de utilizarse (afirma el recurrente) la que más convenga».

El recurrente, tras las afirmaciones expuestas para negar que el Notario tenga vedada, en el caso que nos ocupa, la posibilidad de dirigir interpelaciones al órgano Jurisdiccional y más bajo el «influjo» de la CE, sostiene que procede la aplicación de manera exclusiva del art. 303 del Regl. Notarial, ello en base a que de lo que se trata es de constatar un hecho pasado, lo que, afirma, no puede realizarse por la simple presencia, para terminar afirmando que «la solución hasta ahora arbitrada es ocasionada normalmente a escapar del perseguido control de la fe pública del funcionario extajudicial».

Tal argumentación no resiste un análisis mínimamente riguroso. En efecto, el Notario no puede efectuar requerimientos a los Organos Jurisdiccionales por cuanto la función notarial no se extiende a los actos judiciales, así lo dispone el art. 2 del Regl. Notarial, respecto de los cuales la fe pública está confiada a los Secretarios Judiciales, conforme disponen los arts. 281 y 473 LOPJ. No puede por tanto sostenerse una afirmación, como la que hace el recurrente, de que en este caso concreto debe excepcionarse el principio, que el mismo admite, de que el Notario no puede requerir al órgano jurisdiccional ni mucho menos aceptarse la afirmación, carente de todo fundamento, de que la solución dada no responde sino a un intento de escapar del control de la fe pública del funcionario extrajudicial, ya que, como queda dicho, la fe pública de los actos judiciales corresponde exclusivamente a los Secretarios Judiciales, sin que a los mismos se extienda la función notarial.

De otra parte, del análisis gramatical del texto del art. 769 LECrim., resulta, tal y como recoge la sentencia de instancia, que el precepto utiliza la expresión «hacer constar» y no «requerir», vocablo este último que significa, según el Diccionario de la Real Academia, «intimar o hacer saber una cosa con autoridad pública», definición que esencialmente coincide con el objeto que el art. 202 del Regl. notarial atribuye a las actas de requerimiento y que no es otro que el de «intimar al requerido para que adopte una determinada actitud». En ambos casos vemos que aparece el concepto «intimar» como elemento definidor tanto del vocablo requerir como del acta de requerimiento, concepto, el de intimar, incompatible con la forma de dirigirse a los Jueces y Magistrados hasta el punto que el art. 399 LOPJ ordena, por atentar a la independencia judicial, que todo tipo de autoridades se abstengan de «intimar» con los Jueces y Magistrados.

Por consiguiente, al acta notarial a que se refiere el art. 769 LECrim. ha de ser un acta de presencia, por medio de la cual el Notario deja constancia de que la petición de los documentos, a que dicho precepto se refiere, efectuada al Juez o Tribunal que hubiera debido facilitarlos o mandar expedirlos, acta que puede levantarse tanto cuando se efectúa la petición por primera vez en tal sentido,

como, caso de no ser ésta atendida, cuando se reitere nuevamente, no siendo relevante por tanto el argumento de que se trata de acreditar un hecho pasado, petición que en todo caso habrá de ser contestada por medio de un acto del órgano jurisdiccional de los previstos en los arts. 245 y ss. LOPJ, única forma de manifestación de los mismos, y sobre los que la competencia para dar fe corresponde en exclusiva al Secretario Judicial, limitándose la función notarial a dar fe de la presentación del escrito en que se contiene la petición, para lo que el acta de presencia resulta mecanismo suficiente y adecuado.

La interpretación que acabamos de hacer de los preceptos que se dice infringidos y que coincide sustancialmente con la efectuada en la sentencia de instancia, no resulta ni mucho menos contraria al art. 24 CE, puesto que de una parte, como queda dicho, permite el cumplimiento del requisito exigido por el art. 769 LECrim., y de otra resulta igualmente conforme al precepto constitucional en cuanto que la tutela judicial ha de obtenerse mediante la formulación de las oportunas pretensiones a través de solicitud formulada en la forma legalmente prevista, nunca mediante una actuación encaminada a intimar al Juez o Magistrado a que se dirige, en cuanto tal actuación resulta contraria a las previsiones de la LOPJ, razones todas ellas que justifican que el motivo de casación alegado deba ser rechazado.

Requisitos de la práctica de la diligencia de intervención de la correspondencia.

STS Sala 2.ª de 13 de marzo de 1995.

Fundamentos de derecho

Segundo: Como pronunciamientos más relevantes de la doctrina legal pueden enumerarse:

1.º) La correspondencia postal a la que alude la Constitución y la Ley Procesal se refiere a todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, añadiéndose que bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no solamente las cartas o correspondencia postal, ya que a su través se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial que estén asimismo bajo la salvaguarda del derecho fundamental. Pudiéndose incluir en un paquete postal objetos que excediendo del volumen de lo que es una carta o misiva tengan una connotación personalísima o íntima que no puede ser investigada si no es con la previa autorización judicial (SS 25 jun. 1993 y 23 dic. 1994).

2.º) En los arts. 30 y 31 Regl. de Servicios de Correos se pone de manifiesto que la interceptación o detención de la correspondencia se pone en manos de la autoridad judicial que entienda en asuntos criminales, y si bien a los funcionarios de Aduanas que tengan intervención en Correos se les reconocen ciertas facultades de intervención, ello será sin formalidades especiales sobre los objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. En cambio, la intervención de los objetos cerrados y no provistos de etiqueta verde no podrá en ningún caso practicarse más que en presencia de los destinatarios; aun mediando auto del Juzgado la diligencia de apertura es nula por no haber sido citado el interesado para que pudiera presenciar la operación (art. 584 LECrim.), afectando ello a aspectos básicos de la comunicación privada, conculcando toda una previsión normativa, entroncada, en definitiva, con el art. 18.3 CE (Cfr. SS 22 feb. 1994 y 8 jul. 1994).

3.º) Los arts. 581 a 588 LECrim. establecen los requisitos que han de regir cuando de registrar la correspondencia se trata, a tener en cuenta ostensiblemente dada la naturaleza que como fundamental corresponde al derecho sobre el secreto de las comunicaciones postales establecido en el art. 18.3 CE, art. 8 del Convenio de Roma y 17.1 del Pacto Internacional de Nueva York; la legitimidad de la actuación judicial invadiendo este aspecto parcial de la intimidad que la correspondencia representa ha de ir precedida por un formalismo procedimental ahora evidentemente trascendental en lo que se refiere a los trámites esenciales del mismo: a) auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia concreta de que se trata, equivalente en otro orden al mandamiento de entrada y registro domiciliario, b) inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor de la causa, y c) apertura por el Juez y a presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que no hiciere uso de este derecho o estuviese en rebeldía, en cuyos dos supuestos la diligencia judicial llevaríase a cabo a pesar de tales ausencias. Igualmente ha de ir precedida de una auténtica necesidad, de la mano de la proporcionalidad, antes de adoptar medida de tanta importancia por lo que significa de limitación de un derecho fundamental (S 23 feb. 1994).

4.º) Solamente la Autoridad Judicial, mediante resolución motivada, está autorizada para acordar la detención, apertura y examen de la correspondencia si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias importantes de la causa (arts. 579 y 583 LECrim.). Aun contando con la autorización judicial para la apertura del paquete, ni el registro y examen fue practicado por el Juez, ni fue citado el destinatario para dicho acto, lo que conduce a estimar que la diligencia fue nula de acuerdo con los arts. 238.3.º y 240.1.º LOPJ, nulidad de pleno derecho en cuanto se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento establecidas en la Ley para la debida observancia de los principios de audiencia y defensa. La ley debe ser referida a todos los envíos postales cerrados sin limitación a la simple correspondencia escrita; y si bien es cierto que la presencia del interesado en el acto de apertura y examen puede frustrar la finalidad de la investigación, también es posible, cuando existen sospechas de contenido

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

fraudulento, no interrumpir el curso postal y a través de un bien organizado sistema de vigilancia del destinatario en el momento de su recogida en la Oficina de Correos o de entrega en su domicilio conseguir los mismos fines, como son muestra y ejemplo muchos casos sometidos a la jurisdicción de esta Sala (S 8 jul. 1994).

5.º) El secreto de la correspondencia tiene su reflejo, desde el punto de vista administrativo, en el vigente Reglamento de Servicios de Correos aprobado por D 14 may. 1964, a través del cual se garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad. Se trata de proscribir y evitar su apertura ilegal, sustracción, destrucción, retención, ocultación o cualquier otra infidelidad en su custodia. La interceptación se pone en manos de la autoridad judicial, aunque los funcionarios de Aduanas destinados en Correos tengan reconocidas algunas facultades específicas cuando se sospeche de envíos con un contenido fraudulento, si bien nunca podrán afectar al secreto o a la inviolabilidad antes dicha. Es cierto sin embargo que, según tal Decreto, el reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. La intervención de los objetos cerrados y de los no provistos de tarjeta verde en ningún caso se practicará más que en presencia del interesado, bien entendido no obstante que la normativa administrativa nunca podrá afectar a los requisitos y prevenciones establecidos en la Constitución, en la LECrim. o en los Pactos Internacionales. En ningún supuesto de los antes dichos y bajo ningún pretexto. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales, de conformidad con lo establecido en el art. 18.3 CE, obliga a la mayor escrupulosidad a la hora de intervenir cualquier clase de correspondencia, entendida ésta desde el punto de vista gramatical en su más amplio significado. La correspondencia postal de la Ley Procesal y la CE ha de entenderse referida a todos aquellos envíos que puedan hacerse a través del servicio postal de correos y, por extensión, a través de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, siendo así que también por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo y personal igualmente necesitados de la protección constitucional (S 19 nov. 1994).

6.º) Se precisa la «proporcionalidad» entre la medida, con la consecuencia propia de afección del derecho fundamental al «secreto» e «intimidad», y la gravedad y trascendencia de la presunta infracción delicitiva, lo que únicamente puede llevar a cabo la «autoridad judicial» por medio de la pertinente «resolución motivada». La prueba de «apertura del paquete» referido adolece de falta de toda garantía y como «prohibida» e ilícitamente obtenida, contrariando el derecho fundamental de inviolabilidad del «secreto» de las comunicaciones «postales», ínsito el de la «intimidad», según el art. 11.1 LOPJ, ha de reputarse nula, con carencia de todo efecto probatorio, extensible a las posteriormente practicadas y que traen causa de la misma y que

por ella quedan contaminadas, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 14 y 24.2 CE), lo que atrae la infracción del principio presuntivo de «inocencia», que no puede quebrar ante pruebas practicadas sin las debidas garantías constitucionales (S 23 dic. 1994).

Segundo (sic): De las resoluciones judiciales que anteceden ha de deducirse que si bien perduran en su vigencia determinadas disposiciones administrativas, tales como el Reglamento del Servicio de Correos y Ordenanzas de Aduanas, la interpretación de sus normas atinentes a la libertad, secreto e inviolabilidad de la correspondencia y a las facultades de control y vigilancia reconocidas a los funcionarios de aquellos servicios ha de atemperarse actualmente a las disposiciones de más alto rango a que la Constitución da albergue en garantía de derechos fundamentales, así como a los principios y postulados incorporados a Convenios de rango internacional a los que España mostró su adhesión. La correspondencia postal a que la Constitución y la Ley Procesal penal alude ha de ser entendida en sentido amplio y en su más amplio significado. Bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas —correspondencia epistolar—, sino todo género de correspondencia postal, entre ella los paquetes postales cerrados, al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial no necesariamente de configuración escrita, sede de un contenido cualquiera de carácter íntimo o singular, incluso rayano en el secreto que presida unas relaciones interpersonales, aun de índole negocial empresarial.

La interceptación o detención de la correspondencia queda bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, quien adoptará la decisión que corresponda en resolución motivada, atenta a las exigencias derivadas de una investigación por sospechas de actuación criminal, es decir, en correlación con insoslayables principios de «necesidad» y «proporcionalidad». Las facultades puestas en manos de los funcionarios de Aduanas adscritos a Correos no afectarán al secreto de inviolabilidad de la correspondencia, y habrán de realizarse, cuando de apertura de envíos se trate, en presencia de destinatarios o interesados. La normativa referente a la intervención de los objetos cerrados nunca podrá afectar a los requisitos y prevenciones establecidos en la CE, en la LECrim. o en los Pactos Internacionales. De ahí la insoslayable aplicación de los arts. 579 a 588 LECrim., protagonismo de la Autoridad Judicial traducido básicamente en el dictado de auto motivado, remisión inmediata de la correspondencia al Juez, y apertura de la correspondencia por el Juez en presencia del interesado, salvo que se hallase en rebeldía o no hiciere uso de ese derecho. El reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde.

La diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman deviene nula; la prescripción de los arts. 238.3 y 240.1 LOPJ así lo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

abona, confirmando la nulidad de pleno derecho del acto cuando se prescinde total y absolutamente de normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión. Nos hallamos ante una prueba ilícitamente obtenida violentando derechos fundamentales, carente, por tanto, de efectos (artículo 11.1 LOPJ), consecuencia extensible a las pruebas posteriormente practicadas que traen causa de la misma y que, por tanto, quedan contaminadas ante la colisión que otra solución supondría con el derecho a un proceso con todas las garantías y al de igualdad de las partes (arts. 14 y 24.2 CE). Si la prueba es nula bien puede concluirse que el principio de presunción de inocencia no ha sido enervado; aquél no puede quebrar ante pruebas practicadas sin las debidas garantías.

MOTIVACIÓN DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUZGADOR.

STS Sala 2.ª de 6 de marzo de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El inicial motivo de los dos que integran la censura casacional causada por el acusado inmediatamente citado, con sede procesal en el art. 849.2 LECrim., denuncia que la sentencia impugnada ha incidido en «error» en la apreciación de la prueba, que deriva de los informes emitidos por el psiquiatra D. Gregorio C.V. (folios 239, 240 y 241) y el Director de los Servicios Psiquiátricos de la Diputación Provincial de Burgos D. Jaime E.R. (folios 390, 291 y 292), ratificados y ampliados en el acto del juicio oral, ya que se ha incurrido en una relación fáctica incompleta e insuficiente que impide o dificulta la consideración jurídica de extremos de importancia para determinar el grado de culpabilidad y la pena respecto del recurrente, pretendiendo que el hecho probado se integre con el siguiente pasaje: «Javier Hermógenes A.A., de 16 años y 3 meses a la fecha de los hechos, quien venía recibiendo tratamiento psiquiátrico y psicológico desde los 12 años de edad por desorden de conducta y retraso en el aprendizaje, padece un síndrome de disfunción cerebral confirmado por electroencefalogramas, tiene un coeficiente intelectual de 70/75 propio de la torpeza mental, sufre trastornos de hiperquinesia y distimias, configurando una persona débil, primaria, inmadura e influenciable, todo lo cual —aparte de su poca edad cronológica— afecta de modo apreciable su imputabilidad penal».

La alteración, por inclusión, que del relato descriptivo se pretende en el supuesto, como se dice en la S 17 sep. 1990, citada en la de 25 may. 1992, implica una técnica no imposible, pero, eso sí, difícil y compleja siempre, dados los principios inspiradores del proceso de tipo penal y las pertinentes exigencias legales. El mudamiento del *factum* en este estadio casacional (sin juego del principio de contradicción con relación a la práctica y apreciación del dato probatorio y, muy especialmente, del de inmediación) supone siempre algo complicado y enrevesado, no acoerde con la naturaleza del recurso extraordinario.

Cuando se trata, como en el supuesto acaece, de la integración del *factum* con datos hasta entonces fuera del mismo, supone llevar a cabo una selección nueva de los mismos, en período posterior al procesalmente debido, ya que una cosa es que de un documento se derive un error patente y manifiesto, en un extremo concreto y determinado, de una forma inequívoca y no desvirtuado por otra u otras pruebas, documentales o no (principio de descubrimiento de la verdad), y otra distinta que el sentenciador no haya incorporado al relato histórico zonas o partes de expresiones documentadas, integradas efectivamente en documentos, que pueden ser de interés a las partes, acusadora o acusada, pero que el órgano judicial de instancia no consideró necesario integrar en el juicio histórico, por no tener relevancia jurídico-penal con el objeto del proceso y que a su entender y función valorativa, exclusiva y excluyente, no merece la conceptuación de acreditado.

Lo que se permite en el motivo atención en este momento de la Sala, al igual que ocurre en ciertos aspectos del motivo del art. 851.1 LECrim., es, como dice la doctrina científica, controlar la racionalidad del juicio histórico que ha llevado a cabo el Juzgador *a quo,* teniendo en cuenta que el contenido de los arts. 741 de dicha Ley y 117.3 CE es perfecta y absolutamente incompatible con la prohibición de que el juicio axiológico realizado por el mismo sea arbitraria, irrazonada y irrazonable. Cuando este juicio de valor está en contradicción con los términos claros y precisos de un «documento», no de una prueba «personal» documentada, cuya apreciación corresponde en exclusiva al juzgador de instancia, si el contenido documental no está, a su vez, contradicho por otros medios probatorios, aparece el «error», de acuerdo con la técnica procesal de nuestra Ley adjetiva.

Acorde y consecuencia de dicha doctrina, esta Sala viene resaltando: 1.º) que los «informes» o «dictámenes periciales» constituyen un asesoramiento práctico o científico para mejor comprender el juzgador la realidad que subyace en un determinado problema a él sometido, apreciable por el mismo conforme a las facultades que le otorga el art. 741 LECrim. y muy específicamente por el art. 632 de la misma Ley, según el cual «los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial, según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos»; 2.º) como pruebas «personales», aunque documentadas en actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial, junto con las demás probanzas, son apreciadas libremente por el sentenciador como se acaba de decir; 3.º) cuando en algún caso, por la vía de aproximación al «documento» y con carácter excepcional, adquiere tal naturaleza, en el supuesto en que el Tribunal, asumiendo los presupuestos del in-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

forme del perito, se distancia o se separa de él en sus conclusiones, sin razones para hacerlo, tampoco le vincula; lo que existe, mucho más sencillamente, no es otra cosa que un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o a los criterios firmes del pensamiento científico (Cfr. SS 19 y 27 ene. 1993 y 22 jul. 1994), y 4.º) la prueba «pericial» sólo puede reputarse «documento» cuando concurran las circunstancias siguientes: a) que se trate de un solo dictamen o de varios coincidentes, y b) en ambos casos el resultado de la pericia haya sido incorporado al relato histórico de la sentencia de instancia de modo fragmentario o contradictorio con lo en aquél o en aquéllos contenidos (Cfr. SS 19 y 26 feb. y 21 may. 1992).

Nada de ello ocurre en el supuesto enjuiciado. El informe del Doctor C.V. concluye en que «el reconocido (hoy recurrente) presenta "a mi juicio" un trastorno antisocial de la personalidad (301.70 según la moderna clasificación D.S. 11.III, Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales), y se deduce una disminución de su imputabilidad en razón a que si bien no falla su capacidad de entender "sí puede fallar" su capacidad de obrar (fallo de la voluntad)», y el emitido por el Doctor D. Jaime E. afirma «en relación a los hechos es evidente que "puede afectar" en mayor o menor grado su imputabilidad el hecho del "consumo previo de drogas", sustancias psicodislépticas o psicodisreguladoras así como alcohol...». La primera conclusión es que dichos dictámenes o informes no son «absolutamente coincidentes», y la segunda que los mismos no hacen afirmaciones taxativas al respecto, el primero dice que «sí puede fallar su capacidad de obrar», lo que no implica que el fallo se produzca inevitablemente, y el segundo condiciona la afectación de la imputabilidad del reconocido al consumo de las drogas, alcohol o sustancias que se determinan, ausente dicho hecho en el relato descriptivo y carente de dato probatorio alguno.

Además, el juzgador no se separa de dichos dictámenes, sin más. En el fundamento jurídico 26 de su sentencia, hoy puesta en tela de juicio, tras hacer relación a la poca edad del acusado, a su personalidad inmadura y escaso nivel intelecutal y a la influencia que sus compañeros mayores tuvieron sobre él, hasta el punto de embarcarlo en sus actividades delictivas, conforme a lo normado en el art. 120.3 CE, describe con minuciosidad y detalle el resultado que ha obtenido tras la apreciación, en conciencia y facultades que le otorgan los arts. 741 LECrim. y 117.3 CE de todo el acervo probatorio, de la actuación libre y voluntaria que tuvo en el evento dicho inculpado, haciendo referencia a su brutal conducta, asumiendo con plena autonomía su papel en el acometimiento a las víctimas, rompiendo lo que quiso, violando y robando a quien quiso y contribuyendo libremente a cuanto le pareció, bajo la dirección de otro de los coprocesados y siguiendo sus instrucciones, si se quiere, pero de manera voluntaria, sin la menor repugnancia y aportando su adhesión entusiasta a todo lo que se le proponía, amén de poner por obra sus

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

propias ocurrencias, deduciendo lógica, coherente, razonable y razonadamente el rechazo de las atenuaciones que, en razón a la minoración de su imputabilidad, propuso su defensa.

El motivo, pues, procede ser desestimado.

«ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» Y SOLUCIONES ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE PARTICIÓN.

STS Sala 1.ª de 3 de abril de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: En el motivo primero, que se dice formulado «por error en la apreciación de la prueba», al amparo del art. 1.692.4 LEC (en su redacción anterior a la hoy vigente), se denuncia textualmente que «la sentencia recurrida vulnera los arts. 632 LEC, en relación con el 1.243 CC e igualmente el art. 609 LEC en relación con el 1.218 CC». En el extenso alegato integrador de su desarrollo el recurrente viene, en esencia, a impugnar la valoración de la prueba pericial que ha hecho la sentencia recurrida, pues no ha tenido en cuenta, dice, que el local comercial litigioso, por un lado, no es divisible en dos partes de igual extensión superficial e idénticas características, y, por otro, que con la división material que se acuerda del mismo, se produciría un importante menoscabo patrimonial, al venir estando adaptado el referido local para el ejercicio de una actividad industrial de cafetería-bar con las instalaciones propias del mismo. Ante todo, además de ponerse de manifiesto la inoportuna invocación que se hace de los arts. 609 LEC y 1.218 CC, los cuales no guardan relación alguna con el ya dicho objeto impugnatorio de este motivo, ha de constatarse también que la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba pericial (o de cualquier otra), con invocación del precepto o preceptos que, conteniendo una norma valorativa de prueba, se consideren infringidos, tiene un cauce casacional idóneo, que es el del art. 1.692.5 LEC (en su redacción vigente a la fecha de formalización del recurso) y no el aquí utilizado (ordinal cuarto, según dicha antigua redacción), que únicamente es idóneo (o lo era, antes de la reforma por L 10/1992 de 30 abr.) para la simple denuncia del llamado error de hecho en la apreciación de la prueba. Hecha la anterior puntualización, con la que queda concretado el correcto cauce procesal que debió utilizarse y salvada, por tanto, la defectuosa articulación del motivo, ha de tenerse en cuenta que si bien la valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de la instancia, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 632 LEC), cuyo resultado valorativo, como norma general, ha de mantenerse en casación, ello tiene, sin embargo, la importante y única excepción de que la valoración efectuada por el órgano de la instancia sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y conculque las más elementales reglas de la lógica, en cuyo caso es plena-

mente revisable y corregible en vía casacional (TS SS 13 feb. 1990, 29 ene. 1991, 28 nov. 1992 y 2 nov. 1993, por citar algunas). En dicho supuesto de excepción es incardinable el presente caso litigioso, pues el resultado valorativo de la prueba pericial, obtenido por la sentencia recurrida, al declarar que procede la división del local litigioso en dos nuevos locales (uno de 65'80 m² con fachada a la calle La Hoz y otro de 48'64 m² con fachadas a dicha calle y a la de Arganda) es ilógico y nada concordante con lo que consta en el referido informe pericial (folio 85 de los autos), en el cual se expresa que «una vez producida la división, su valor de mercado se reduciría» y que la división del local «que parece más lógica para causar el menor daño posible, que sería partiendo desde la fachada de C/. La Hoz hacia el fondo del local siguiendo la línea de las columnas centrales, dejarían un local con dos fachadas, una a C/. La Hoz y otra a C/. Arganda, y otro con una sola fachada a C/. La Hoz, lo que entiendo afectaría decisivamente en forma negativa al valor en conjunto del local», a lo que también agrega que con dicha división «es posible que algunos elementos de la instalación industrial tengan que ser sustituidos, bien sea por imperativo de la normativa vigente o por razones de funcionalidad de estas instalaciones en relación con el nuevo espacio donde quedarían instaladas». Por todo lo expuesto, que evidencia la patente falta de lógica con que la sentencia recurrida ha valorado la referida prueba pericial, el presente motivo ha de ser estimado, en el sentido de declarar, en contra de lo que hace la aludida sentencia, que la división del local comercial litigioso en dos locales más pequeños y de diferentes extensiones superficiales no puede hacerse sin perjudicar considerablemente el valor que tendría dicho local, si el mismo se vendiera como un todo unitario y se repartiera su precio entre los condueños (o si uno de ellos comprara la parte indivisa del otro) y sin hacerlo inservible para el uso industrial (cafetería-bar) a que, por mutuo acuerdo de ambos condueños, ha venido estando dedicado durante más de 15 años.

LA TUTELA DE LOS DERECHOS SINDICALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CORRESPONDE A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

STS, Sala 3.ª, Pleno de 5 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Evacuada la audiencia que previene el art. 35.2 LO 2/1979 de 3 oct., sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala ha llegado a la conclusión de que las dudas que inicialmente pudo tener sobre la legitimidad constitucional de las normas legales antes reseñadas han quedado disipadas. Ni el art. 9.5 LOPJ, ni el art. 1.2 LOLS, como a continuación se razonará, suministran una base sólida para cuestionar ante el TC la posible ilegitimidad de tales preceptos.

El art. 9.5 LOPJ establece que «los (Tribunales y Juzgados) del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como de las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral». Una primera exégesis de este precepto revela que la atribución al orden jurisdiccional social de las pretensiones comprendidas dentro de la «rama social del Derecho», lejos de tener un alcance general, viene referida exclusivamente a los «conflictos individuales y colectivos», esto es, a las cuestiones litigiosas que se promueven entre empresarios y trabajadores, es decir, entre sujetos privados, como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2 *a* TA LPL). La expresión legal «rama social del Derecho» sirve al propósito de deslindar la materia atribuida a los Jueces y Tribunales del orden social de la «propia» de los órganos jurisdiccionales del orden civil (art. 9.2 LOPJ), llamados también, como es notorio, a resolver conflictos jurídicos entre sujetos privados; no responde, en cambio, al deseo de establecer una línea divisoria con la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo demuestra el mismo texto del art. 9.5 LOPJ al hacer expresa mención de las cuestiones administrativas (reclamaciones en materia de S.S. o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral) específicamente atribuidas al conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social.

Pero es más, cualquiera que fuere el alcance que se pudiera dar al concepto indeterminado «rama social del Derecho» no se puede olvidar que el art. 9.4 LOPJ atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos a Derecho administrativo y que esta atribución de jurisdicción no está sujeta en principio a limitación de materias —el juez contencioso-administrativo es el juez ordinario de la Administración—, por eso la propia base 1.ª.3 Ley de Bases de Procedimiento Laboral y el ap. a) art. 3 TA LPL niegan expresamente a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las pretensiones que versen sobre la impugnación de actos de la Administración pública sujetos a Derecho administrativo en materia laboral.

En definitiva, la Ley de Bases de Procedimiento Laboral y su TA al excluir del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social la tutela de los derechos de libertad sindical relativa a los funcionarios públicos, como es el caso, no vulneran la reserva de ley orgánica del art. 122.1 CE en orden a la «constitución» de los Juzgados y Tribunales, por la sencilla razón de que no contradicen el diseño que de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social ha establecido la LOPJ, siendo justamente la doctrina contenida en la TC S 224/1993 de 1 jul. la que abona esta solución.

Cuarto: Respecto al art. 1.2 LOLS el problema ofrece menos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dudas, pues este precepto se limita a precisar quiénes se consideran trabajadores «a los efectos de esta Ley», es decir, titulares del derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales, como precisa el ap. 1 del mismo artículo. Que la LOLS, a esos concretos efectos, considere trabajadores «tanto a aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas» sirve al propósito, confesado en su E. de M., de dar «un tratamiento unificado en un texto legal único que incluya el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos a que se refiere el art. 103.2 CE...», pero el art. 1.2 en modo alguno vincula los conflictos en torno a la libertad sindical al orden jurisdiccional social. El único precepto de la LOLS que se ocupa de la competencia jurisdiccional para conocer de tales conflictos en su art. 13, norma que atribuye la competencia no a la jurisdicción social, como habría sido obligado si ése fuera el propósito del legislador orgánico, sino a «la jurisdicción competente», es decir, a los Tribunales contencioso-administrativos cuando esos conflictos afecten a los funcionarios públicos y al personal estatutario y a los Tribunales sociales cuando las controversias sobre la libertad sindical afecten a trabajadores por cuenta ajena, como acertadamente resalta el Abogado del Estado.

Quinto: Afirmada, pues, la jurisdicción del Tribunal *a quo* para conocer y decidir el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el hoy apelante contra la resolución administrativa de 11 dic. 1990 supuestamente lesiva de los derechos sindicales del recurrente, y por consiguiente la competencia funcional de esta Sala para pronunciarse sobre el recurso deducido por aquél contra la S 25 sep. 1991, hay que puntualizar, contestando al alegato del Abogado del Estado acerca de la indebida admisión del recurso de apelación, que en este proceso no está en litigio una cuestión de persona —éste es un aspecto lateral del conflicto— sino una cuestión que atañe a la libertad sindical y concretamente al denominado «crédito horario» que la ley reconoce, cumplidas ciertas condiciones, a los representantes sindicales, por lo que la remisión implícita que, a la sazón hacía el art. 9.1 L 62/1978 de 26 dic., al antiguo art. 94 LJCA, permite concluir que, en este caso, el recurso de apelación ha sido bien admitido por haber recaído la sentencia impugnada en un asunto, no de personal propiamente dicho, sino de naturaleza sindical y cuantía indeterminada.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. CONDE MARTÍN DE HIJAS, A LA S 5 OCT. 1995, RECAÍDA EN EL RECURSO DE APELACIÓN NÚM. 14233/1991.

Segundo: El segundo punto, en el que se centra mi discrepancia respecto al parecer mayoritario, es el atinente a la jurisdicción atribuida a este orden jurisdiccional, en relación con la cual estimo necesario el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del ap. 3 L 7/1939 de 12 abr., de Bases del Procedimiento Laboral, que es la que sustenta el ap. c) art. 3 TA LPL (las referencias deben hacerse en realidad hoy al TR LPL 1995 en adelante).

Mi personal criterio es el de que la materia relativa al derecho sindical, sin distinciones por razón de sus titulares, se integra en el marco de lo que el art. 9.5 LOPJ denomina rama social del derecho, y que por ello toda pretensión, que se promueva con fundamento en ese derecho, viene atribuida por dicho precepto al conocimiento de los órganos del orden social de la jurisdicción.

Y en la medida en que ello es así, si una norma de rango de ley ordinaria, como es el que corresponde a la Ley de Bases del Procedimiento Laboral, extrae del ámbito jurisdiccional definido en el art. 9.5 LOPJ una determinada materia, comprendida dentro del marco conceptual de «la rama social del derecho», entra en colisión con ese precepto orgánico, e incurre en la inconstitucionalidad prevista en el art. 28.2 LOTC. Sobre la relación ley ordinaria-ley orgánica, y más en concreto la de la primera respecto a la segunda, y el significado de la posible desviación desde el prisma de la reserva constitucional para la LOPJ, establecida en el art. 122.1 CE, es absolutamente esclarecedora la TC S 224/1593, cuya doctrina debe darse aquí por reproducida. Todos sus razonamientos, referidos a la disposición derogatoria de la Ley de Bases del Procedimiento Laboral en la cuestión de inconstitucionalidad en ella resuelta, en la que se cuestionaba la exclusión de una materia comprendida en el art. 9.4 LOPJ, para asignarla al orden civil de la jurisdicción, son literalmente trasladables al problema que ahora se suscita, que, en mi criterio, consiste en la exclusión de una materia comprendida en el art. 9.5 LOPJ, para asignarla al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción.

El problema planteado se basa en la calificación que corresponda a las pretensiones basadas en normas reguladoras del derecho sindical de los funcionarios públicos en la alternativa conceptual «rama social del derecho» —Derecho administrativo—, como factor decisivo a la hora de encuadrar dichas pretensiones en uno de los dos aps. 4 y 5 art. 9 LOPJ.

Tercero: Antes de abordar directamente dicha cuestión debe observarse que la delimitación precisa de los ámbitos del orden contencioso-administrativo y social de la jurisdicción es en sí dificultosa, pues los criterios empleados para su respectiva definición en los núms. 4 y 5 art. 9

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LOPJ, pueden entrecruzarse en su aplicación a determinadas materias, de modo que pudieran ser aplicables a ellas tanto unos como otros, con el resultado inevitable de perplejidad a la hora de decidir el encuadramiento jurisdiccional en uno u otro orden.

Ocurre esto característicamente en supuestos en que la norma aplicable al caso pueda corresponder a la «rama social» del derecho, aunque a la vez pueda ser también calificable como «Derecho administrativo».

Téngase en cuenta que el mismo Derecho del trabajo, núcleo esencial de lo que puede incluirse en el concepto jurídico de rama social del derecho, no tiene un contenido unitario de derecho privado, sino un contenido dual, privado y público, de modo que desde la dicotomía conceptual de los criterios de los aps. 4 y 5 art. 9 LOPJ puede hablarse de un derecho público del trabajo que podría calificarse simultáneamente como derecho del trabajo o como derecho administrativo, sin dejar de ser adscribible a la rama social del derecho.

En todo caso, y frente a inerciales arrastres de concepciones pasadas, no debe perderse de vista el sentido innovador de la LOPJ, en el que por primera vez, partiendo del principio de la unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), se establece un ordenamiento unitario, en el que se introduce un principio de sistematización por órdenes jurisdiccionales. Por ello las ideas de unidad y de sistematización deben servir de pauta interpretativa, cuando se suscitan cuestiones de delimitación entre órdenes diversos.

Desde esa perspectiva unitaria los mismos conceptos clave que en el pasado, sin esa referencia previa de unidad, sirvieron para delimitar lo que en aquel tiempo se conocía como jurisdicción contencioso-administrativa o jurisdiccional social o laboral, asumen un significado no exactamente coincidente, que debe estar abierto tanto a las exigencias de sistematización racional del conjunto, como a la integración en él de nuevas realidades y de nuevos ordenamientos, lo que concretamente acaece en cuanto al derecho sindical emanado del art. 28 CE y de la LOLS.

Ante la posible superposición de planos de ordenación, y la posible e inconveniente derivación de duplicidad de órdenes jurisdiccionales, debe ser la idea del ordenamiento jurídico concernido la que marque la pauta para la calificación de la pretensión, a los efectos de atribución a un determinado orden jurisdiccional, y no tanto la calidad, jurídico-privada o jurídico-pública, de los sujetos intervinientes.

En este sentido conviene observar que el ap. 4 art. 9 LOPJ, transcripción casi literal del art. 1.1 LJCA, incluye una doble referencia: subjetiva (a la Administración Pública) y objetiva (al ordenamiento aplicado), de modo que, cuando en un acto de la Administración el ordenamiento concernido no es el Derecho administrativo, sino una norma correspondiente a la «rama social del derecho», se extralimita el ámbito definido en el ap. 4 referido.

Incluso en la prístina delimitación jurisdiccional de la LJCA, en su art. 2 a), se prevé expresamente la exclusión de su ámbito de las

cuestiones que, «aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una ley a la Jurisdicción social o a otras jurisdicciones».

Por su parte el ap. 5 art. 9 LOPJ, cuando alude a «las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos», utiliza una fórmula de atribución irrestricta, plenaria, en la que se omite toda referencia subjetiva, ligada a la índole de los sujetos a los que concierne la pretensión.

La implicación de la Administración pública, o la consideración formal del acto por el que ésta se manifiesta, no son por ello elementos que, en principio, puedan operar como restricción conceptual del alcance de la amplia fórmula de delimitación empleada.

Naturalmente, por las exigencias de unidad y sistematización antes aludidas, ambos preceptos, el del ap. 4 y del ap. 5, deben ponerse en relación para fijar sus respectivos límites, cuando se tratan pretensiones promovidas contra la Administración. En tal caso la clave diferencial no puede ser otra que la referencia a la norma que opera como fundamento de la pretensión. Esto supone una calificación sustancial de la pretensión, prevalente sobre la mera consideración formal de que con ella se impugne un acto calificable o no como acto administrativo, pues lo normal es que la Administración se manifieste mediante actos de tal tipo, aunque en ellos la decisión en que consisten se funde en normas, no del Derecho administrativo, sino propias de otra rama del derecho, y en el caso que nos ocupa, de la rama social del derecho.

En otros términos, es el contenido material del acto y no su continente formal, el factor básico para caracterizar la pretensión impugnatoria de ese acto.

Sólo poniendo en relación el ordenamiento concernido y los órdenes jurisdiccionales, llamados a intervenir en su aplicación, puede obtenerse la racionalidad ordenadora, y la sistematicidad propia de un conjunto unitario que están latentes en el art. 9 LOPJ.

Y no es conforme a criterio de sistematización el que materias sustancialmente afines puedan distribuirse entre órdenes jurisdiccionales diversos.

Cuarto: El fundamento tercero de la sentencia mayoritaria refleja una concepción del orden social de la jurisdicción, que no se corresponde, en mi criterio, con el sentido del art. 9.5 LOPJ, cuya interpretación se recorta, introduciendo elementos de limitación no establecidos en él. Al mismo tiempo utiliza una técnica de interpretación, en mi criterio, errónea, según la cual es la TA LPL el factor desde el que se procura precisar el sentido del art. 9.5 LOPJ, cuando la jerarquía lógica de los elementos en juego reclama un proceso discursivo inverso: dado el alcance de la LOPJ, debe fijarse desde ella el sentido y la validez normativa de los preceptos de la LPL.

Y se utiliza además ese procedimiento inadecuado de inversión, prescindiendo simultáneamente de apartados del art. 2 TA LPL invocada, que negarían la tesis de partida, centrada en exclusiva en ese art. 2 a).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Aun pasando por alto los aps. b) a f) inclusive del citado art. 2 TA LPL, que no se refieren a relaciones entre sujetos privados como consecuencia del contrato de trabajo, apartados relacionados con los otros dos criterios generales de atribución jurisdicción al orden social del art. 9.5 LOPJ («...así como las reclamaciones en materia de Seguridad o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral»), se prescinde, sin explicación plausible, de los aps. g), i) y j) (en TR LPL 1995, se debe traer también a colación el ap. *n* nuevo, que es especialmente significativo en este caso, como en su momento se razonará), en los que tiene encaje indudable la impugnación de auténticos actos administrativos relacionados con el régimen sindical. El sentido de esos apartados se completa con los preceptos de la Secc. 1.ª Cap. X Tít. II Libro II TA LPL (arts. 164 a 169), en los que se articula la base 29 Ley de Bases del Procedimiento Laboral (correlativos a los arts. 165 a 170 TR LPL 1995), que se refiere a un proceso de impugnación de un acto administrativo típico, que, como tal, pudiera incluirse en el marco del art. 9.4 LOPJ, si no fuera porque la calidad sustancial de la norma aplicada en él corresponde a la rama social del derecho, y no al Derecho administrativo clásico.

Resulta, pues, que, aun partiendo de la TA LPL, y en contra de lo que se sostiene en el fundamento de Derecho 3.º de la sentencia mayoritaria, hay en aquella Ley datos suficientes para negar el concepto de rama social del derecho de la LOPJ se restrinja a las relaciones entre empresarios y trabajadores, y para sostener que desborda ese limitado ámbito subjetivo, y abarca relaciones con la Administración, expresados en actos auténticamente administrativos.

Quinto: La proposición contenida en el fundamento de Derecho 3.º de la sentencia mayoritaria de que «una primera exégesis de este precepto (el del art. 9.5 LOPJ) revela que la atribución al orden jurisdiccional social de las pretensiones comprendidas dentro de la "rama social del Derecho", lejos de tener un alcance general, viene referida exclusivamente a los "conflictos individuales y colectivos", esto es, a las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores, es decir, entre sujetos privados, como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2 *a* TA LPL)», distorsiona el verdadero significado de los términos del precepto en varios sentidos, y se desconoce con ella el auténtico sentido sistematizador e innovador del art. 9 LOPJ.

No me parece correcto negar el «alcance general» de una expresión legal («...pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho...») que lo tiene en sí evidente, con lo que creo que en realidad se incurre en una negativa apodíctica, que es más bien un prejuicio inconsciente, que obsta a la comprensión del verdadero alcance normativo del precepto.

No me parece tampoco adecuado que a la referencia complementaria a los conflictos individuales o colectivos se les dé el sentido conceptual de una restricción del alcance de la frase anterior del precepto, como se propone en los términos transcritos de la sentencia («... viene referida exclusivamente...»), sino más bien, y al contrario, creo que el sentido lógico de la expresión es de apertura conceptual a todo el ámbito de posible afectación de una pretensión, promovida dentro de la rama social del derecho.

Me parece también argumentalmente inconsistente la equiparación conceptual que se establece en el texto, del que discrepo («esto es», se dice), de la idea de «Conflictos individuales y colectivos» con la de «cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores».

La dicotomía conceptual conflicto individual-conflicto colectivo no reclama en modo alguno como ingrediente lógico una necesaria referencia inmediata, y de signo excluyente de otras, a las «cuestiones litigiosas que se promuevan directamente entre empresarios y trabajadores», aunque ciertamente esa referencia pueda ser lo más común. Por el contrario, me parece perfectamente compatible en cualquiera de sus dos términos con un conflicto suscitado en relación con un acto de la Administración, si éste se funda en una norma de la rama social del derecho, y es susceptible de producir efectos en una esfera individual o en un plano colectivo de relaciones entre empresarios y trabajadores.

Para evitar teorizaciones excesivas, e ilustrar con un ejemplo: un expediente de regulación de empleo de los previstos en el art. 51 Ley del ET, RDLeg. 1/1995, aprobado por la autoridad laboral (art. 51.6 Ley de ET), puede ser objeto de una impugnación, que en la dualidad conceptual conflicto individual-conflicto colectivo, puede perfectamente incluirse en el segundo término. El que la base 1.ª.3 Ley de Bases del Procedimiento Laboral y el art. 3 a) TA LPL, como expresión articulada de la misma, la excluyan del ámbito del orden social, suscita las mismas dificultades de compatibilidad con el art. 9.5 LOPJ, que las que se están planteando aquí en el tema del derecho sindical de los funcionarios; pero en cualquier caso deja a salvo la idea de compatibilidad de la afectación colectiva del conflicto con la de que éste surja en relación con un acto de la Administración.

Finalmente se da un salto lógico en el discurso cuando se cierra con la expresión «es decir, entre sujetos privados», siendo así que por la propia generalidad, subjetivamente irrestricta, de la expresión «pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho», no hay nada en el precepto que limite su aplicación a sólo conflictos entre sujetos privados.

Sexto: Estimo que se fuerza la interpretación del sentido del art. 9.5 LOPJ en el fundamento de Derecho 3.º de la sentencia de la que disiento, cuando, después de negar infundadamente el «alcance general» de la «atribución al orden jurisdiccional social de las pretensiones comprendidas dentro de "la rama social del Derecho"», se continúa el razonamiento afirmando que «la expresión "rama social del Derecho" sirve al propósito de deslindar la materia atribuida a los Jueces y Tribunales del orden social de la "propia" de los órganos jurisdiccionales del orden civil (art.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

9.2 LOPJ), llamados también, como es notorio, a resolver conflictos jurídicos entre sujetos privados»; y que «no responde, en cambio, al deseo de establecer una línea divisoria con la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo demuestra el mismo texto del art. 9.5 LOPJ al hacer expresa mención de las cuestiones administrativas (reclamaciones en materia de S.S. o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación Laboral) específicamente atribuidas al conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social».

La idea de rama social del derecho supone la referencia a un ordenamiento específico, que opera como clave de atribución al orden social de la jurisdicción, y no existe razón para que esa referencia deba ser unidireccional, y sólo pueda desplegar una función delimitadora respecto de los órganos del orden civil, y no respecto de los del orden contencioso-administrativo.

El prejuicio de la limitación del orden social de la jurisdicción a las relaciones entre sujetos privados, que pudo tener justificación normativa en el pasado, reaparece constantemente en el discurso de la sentencia mayoritaria, para desde él asignar funciones concretas a los términos de la ley, siempre en una línea de restricción interpretativa, que no se concilia con el sentido literal y lógico de aquéllos.

El dato de que el art. 9.5 LOPJ contenga una atribución específica de lo que el texto mayoritario califica en el pasaje transcrito de «cuestiones administrativas», no es demostrativo, contra lo que se propone en aquél, de que la referencia a la rama social del derecho no responda «al deseo de establecer una línea decisoria con la jurisdicción contencioso-administrativa».

No se advierte la razón lógica para inferir la última de aquellas dos proposiciones de la primera. Parece como si en la interpretación, de la que disiento, se estableciese una doble dirección delimitadora de los tres criterios de atribución jurisdiccional, que componen el ap. 5 art. 9; en relación con el orden civil el primero de los criterios («rama social del derecho»), y en relación con el contencioso-administrativo los otros dos. Tal interpretación constituye una visión distorsionada del precepto, que es en sí general y unívoco, con una función positivamente definitoria del propio ámbito de atribuciones, función unitaria que no se puede degradar, descomponiéndola del modo que lo hace la interpretación de la que discrepo.

El mismo hecho de que el art. 9.5 LOPJ, como indica el texto mayoritario, prevea expresamente la atribución al orden social de la jurisdicción de materias de inequívoca caracterización administrativa, puede servir más bien de argumento que de traba, para eliminar los recelos, derivados de una concepción propia del pasado, sobre la posible atribución plenaria al orden social de la jurisdicción de todas las cuestiones atinentes a «la rama social del derecho», al margen de sus sujetos protagonistas, o de las formas de manifestación. En definitiva no resulta disonante el enjuiciamiento de actos de la Administración, cuyo fundamento es una norma de la rama social del derecho, con las restantes atribuciones de un orden jurisdiccional que consisten asimismo en el enjuiciamiento de actos de la Administración.

Es, por el contrario, de imposible justificación, en términos de coherencia sistemática, que el orden social de la jurisdicción tenga atribuido el conocimiento de pretensiones impugnatorias de unos actos administrativos, propios de la rama social del derecho, como son los antes citados referidos en los aps. g), i) y n) TR LPL 1995 («en procesos sobre materias electorales, incluida la denegación de registro de actos electorales, también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas») y disposición adicional de la L 18/1954 de 30 jun., y que sin embargo se le prive del conocimiento de otras, por el solo hecho de la implicación de la Administración.

La idea restrictiva que late en la interpretación del texto del ap. 5 art. 9 LOPJ supone un paso atrás en relación con otras muchas sentencias de la misma Sala, aunque con otra composición, de la Sala de lo Social de este Tribunal y de la Sala de Conflictos de competencia entre el orden contencioso-administrativo y social, como pueden ser, por remitirnos exclusivamente a materias en cierto sentido relacionadas, o próximas, a la sindical, y sin ánimo de exhaustividad, las de la Secc. 7.ª de 8 feb., 18 mar. 1994 y 18 may. 1995 y A 20 may. 1995, las de la Sala 4.ª de 26 oct. 1991, 14 dic. 1992 y 22 oct. 1993, y el auto de la Sala de Conflictos de 28 mar. 1990.

Séptimo: Es ya el momento de abordar la caracterización del derecho sindical de los funcionarios públicos, para decidir su inclusión o no en la rama social del derecho.

No exige un especial esfuerzo discursivo el justificar la pertenencia a la rama social del derecho sindical *in genere,* pues en realidad el hecho sindical está en la génesis histórica y doctrinal de todo el actual Derecho del trabajo, que constituye el contenido más genuino de esa «rama social».

El problema es si la condición subjetiva del titular de los derechos sindicales puede ser el factor determinante, para decidir el encuadramiento de las pretensiones relativas a éstos en la «rama social del derecho» o en el Derecho administrativo.

En otros términos, si la condición de funcionario público del titular de los derechos sindicales, puede determinar que la caracterización de éstos se remita al estatuto de los funcionarios públicos, prevaleciendo esa significación estatutaria sobre la significación propiamente sindical, que tiene que ver directamente con el desarrollo de una libertad constitucional.

Situándonos en claves constitucionales, la cuestión se centra en decidir entre la primacía del art. 28.1 CE y su desarrollo en la LOLS, o del art. 103.3 CE como factores alternativos de caracterización.

Al respecto debe observarse que si bien el art. 28.1 CE permite una diferente regulación del derecho de libertad sindical de los funcionarios en relación con el de los trabajadores, sometidos a una relación laboral jurídico-privada, lo que se

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ratifica además en el art. 103.3 CE, no la impone, justificándose así la posibilidad de una regulación sustancialmente unitaria, que ha sido la opción legal de la LOLS, sobre la que se pronunció en su día, proclamando su adecuación a la CE las TC 98/1985 de 29 jul.

Sobre esa base el art. 1.2 LOLS tiene una importancia ordenadora esencial, cuando dice que «a los efectos de esta ley, se considerarán trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas».

Significa ello, en mi criterio, que la LOLS establece un régimen unitario en lo fundamental, que se extiende sobre los funcionarios públicos, sin diferenciarlos de los trabajadores, o mejor, calificándolos expresamente como trabajadores.

Considerar parte de ese régimen como Derecho Administrativo (lo que es imprescindible para que las pretensiones basadas en él puedan asignarse al orden contencioso-administrativo), porque los titulares de sus derechos sean funcionarios, no deja de producir una cierta violencia conceptual, y desde luego supone negar lo que la LOLS implica de ordenamiento unitario.

A la hora de caracterizar los derechos sindicales de los funcionarios, optando entre la caracterización que resulta de la propia LOLS o su consideración como parte de su estatuto funcionarial, no es aventurado sostener que este segundo factor debe pasar a segundo plano, y que lo que debe primar es su pertenencia al marco ordenador de la LOLS.

En esa caracterización sustancial del derecho sindical de los funcionarios tal vez pueda sostenerse que ese derecho tiene un doble significado como desarrollo de un derecho fundamental, y como parte de su régimen estatutario; pero en esa doble caracterización la mayor jerarquía normativa del derecho fundamental justifica que se atienda a éste, como factor prevalente de caracterización, sobre todo cuando la LOLS ha optado por una regulación unitaria del derecho sindical.

Caracterizada la LOLS inequívocamente, y sin fisuras, como una manifestación genuina de la rama social del derecho, la consecuencia jurisdiccional (evidentemente no establecida en la LOLS, a la que no corresponde definir las atribuciones de los órdenes jurisdiccionales) debe establecerse por la directa aplicación de la LOPJ, que atribuye el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho al orden social de la jurisdicción.

Octavo: No cabe recortar la consecuencia derivada de la combinación de la LOLS, como norma de caracterización sustantiva de la materia, y del art. 9 LOPJ, como norma unitaria de distribución de la Jurisdicción única entre los diversos órdenes jurisdiccionales, en función de los ordenamientos en que se fundan las distintas pretensiones, con la explicación que la sentencia mayoritaria extrae del art. 13 de la primera. Se dice al respecto que «atribuye la competencia no a la jurisdicción social, como habría sido obligado si ése fuera el propósito del legislador

orgánico, sino a "la jurisdicción competente"».

Resulta excesiva la afirmación de que «hubiera sido obligado» referirse a la competencia de la jurisdicción social, si ése hubiera sido el propósito del legislador.

Se da por sentado que el legislador de la LOLS debiera tener un determinado propósito de definición de la competencia de los Tribunales.

Nada tiene de particular que el legislador omita en este punto toda definición jurisdiccional, para no invadir campos de ordenación que corresponden a otra ley orgánica: la LOPJ.

La alusión a la jurisdicción competente no tiene por qué entenderse alusiva, como se hace en el fundamento de Derecho 4.º de la sentencia mayoritaria, a una consideración implícita de la competencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos, según se trate de funcionarios o de trabajadores. Tal explicación va más allá de los términos de la ley, que no expresan sino la abstención del legislador de la LOLS de hacer precisiones jurisdiccionales, que no corresponden al propósito ordenador de esa concreta Ley.

Tampoco es elemento, en el que pueda verse en el art. 13 LOLS una referencia implícita al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, la remisión que en él se hace al «proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», en el sentido de que éste sea el regulado en la L 62/1978, en el que no existe garantía laboral, lo que supondría que es el cauce de la garantía contencioso-administrativa, al que se está refiriendo. Tal es la tesis que, con algún matiz diferencial entre ellos, sostienen en sus alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad la parte demandante y el Abogado del Estado.

Conviene resaltar que en ese contenido del art. 13 LOLS no se hace una referencia concreta a la L 62/1978, sino una referencia más general al «proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», referencia que, desde el superior plano ordenador de la ley orgánica, transciende de una versión concreta de ese tipo de proceso, recogida en una ley ordinaria preconstitucional (aunque por un solo día), y que liga directamente con la previsión del art. 53.2 CE, y a través de él con cualquiera de las regulaciones posibles de ese proceso, contenidas en las diferentes leyes.

Depurado el sentido del art. 13 LOLS, en la referencia que examinamos, de una apriorística supeditación de su sentido a lo que resulta de la regulación contenida en la L 62/1978, resulta que el proceso laboral es instrumento constitucionalmente idóneo de la tutela de los derechos fundamentales en el área social, aunque aquella ley no lo previese, pudiéndose citar en tal sentido, en un plano jurisprudencial, las TC SS 5/1983, FJ 6.º *in fine* y 51/1988, FJ 3.º, y ya en un plano legal actual, y por lo que a la tutela de la libertad sindical se refiere, el Cap. XI Tít. II Libro II TR LPL 1995, arts. 175 a 182, correlativo a igual capítulo, título y libro, y arts. 174 a 181 TA LPL, contemplada en el texto mayoritario de la sentencia, en los que se

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

regula la modalidad procesal «De la tutela de los derechos de libertad sindical».

Noveno: Resultaría totalmente asistemático que una materia atinente al derecho fundamental de libertad sindical sea atribuida al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, por el solo dato de que el titular del derecho en litigio sea un funcionario público, cuando esa condición no impide que materias relacionadas con la representación unitaria de los funcionarios públicos, que, ésa sí, forma parte del estatuto funcionarial, y no es desarrollo del derecho fundamental de libertad sindical, son legalmente atribuidas al conocimiento del orden social de la jurisdicción, como ocurre con la relativa a la impugnación de las elecciones para los órganos de dicha representación, según lo dispuesto en la L 18/1994 de 12 abr., y ap. 2 n) TR LPL 1995.

No se me oculta que este argumento incurre en la técnica de inversión que en un momento anterior critiqué, cuando en el discurso de la sentencia mayoritaria se interpretaba ese art. 9.5 LOPJ desde el art. 2 a) TA LPL; pero no puedo dejar de advertir el que en el conjunto ordinamental, integrado por la LOPJ y las leyes procesales, resulte incoherente que lo que está inmediatamente relacionado con el derecho sindical se excluya del orden social, y lo que es sólo parte del estatuto funcionarial se le asigne.

La fuerza expansiva del concepto general de rama social del derecho cubre con naturalidad el área plena del derecho sindical, sin distinción de sujetos titulares cuando es la propia LOLS la que establece su ordenamiento en términos unitarios. Y dando ese hecho básico, resulta más coherente con un principio racional de ordenación sistemática el que se asignen a ese mismo orden cuestiones relacionadas con lo sindical, aunque no estrictamente sindicales, como las alusivas a las elecciones para los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos, que el que se le excluyan ciertas parcelas del genuino derecho sindical, por la condición subjetiva de su titular.

Debe observarse al respecto que aunque la elección de los órganos de representación unitaria de los trabajadores y de los funcionarios no constituye en sí el desarrollo del derecho fundamental del art. 28.1 CE, se establece con ella un presupuesto clave de todo el derecho sindical actualmente vigente, como es el de la representatividad atribuible a los sindicatos, que se asigna en régimen unitario, sin distinción entre trabajadores y funcionarios.

La concepción del orden social de la jurisdicción que subyace a la argumentación de la sentencia mayoritaria adolece de una falta de visión de conjunto, y de falta de sensibilidad hacia las exigencias de coherencia sistemática de ese conjunto.

Décimo: Si, pues, lo sindical, sin fisuras por la condición subjetiva del titular del derecho, es propio de la rama social de derecho, las pretensiones fundadas en normas del derecho sindical vienen atribuidas al orden social de la jurisdicción, *ex* art. 9.5 LOPJ; por lo que, siendo el objeto del actual proceso una pretensión del titular de un órgano de un sindicato (el delegado sindical), fundada en una norma de derecho sindical, cual el art. 10 LOLS, aunque esa pretensión se suscite en el seno de una relación funcionarial, este orden jurisdiccional contencioso-administrativo carece de jurisdicción para conocer del proceso.

Aunque se trate de impugnar un acto de la Administración, el fundamento de la pretensión no es una norma de Derecho administrativo, ni el acto impugnado se funda tampoco en una norma de tal derecho, sino en el propio art. 10 LOLS; por lo que la cuestión no es susceptible de encuadramiento en el art. 9.4 LOLS, definidor del ámbito de atribuciones de este orden jurisdiccional. Se debiera declarar así la falta de jurisdicción de este orden contencioso-administrativo, con anulación de oficio de las actuaciones, para remitirlo al orden social de la jurisdicción.

Pero en la medida en que la Base 1.ª.3 Ley de Bases del Procedimiento Laboral, soporte normativo del art. 3 c) TA LPL y TR LPL 1995 excluye del ámbito del orden social una materia, que, por lo ampliamente razonado antes, está incluida en el art. 9.5 LOPJ, es obligado plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto de aquel precepto de legalidad ordinaria, conforme a lo previsto en los arts. 163 CE y 35 LOTC, pues naturalmente la posibilidad de nuestro fallo está condicionado por el dato previo de que la jurisdicción para dictarlo nos venga o no atribuida.

Undécimo: En todo caso, y aunque no se llegase a la radicalidad del planteamiento que precede, pudiera desembocarse en la falta de jurisdicción de este orden contencioso-administrativo, aunque se rechazase el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a partir de otra consideración más tolerante con la inclusión de los derechos sindicales de los funcionarios, como parte de su estatuto funcionarial, y por ende como un contenido normativo del Derecho administrativo.

Al respecto debiera distinguirse entre el funcionario individualmente considerado, como titular de derechos sindicales, y la organización sindical y sus concretos órganos, aunque en aquélla se integren funcionarios, y aunque actúe en el seno de la relación funcionarial.

Así como en cuanto al primero pudiera aceptarse, a los meros efectos dialécticos, la reducción de lo sindical a mero contenido del estatuto funcionarial, resulta ya excesivo que el régimen de los órganos de los sindicatos, y las garantías de sus titulares en cuanto tales, pueda encasillarse en el contenido del estatuto funcionarial.

El Sindicato tiene en sí entidad propia como institución, y el régimen de garantías de sus órganos es claramente diferenciable de lo que puede ser el régimen de la relación de empleo, privada o pública, sobre la que se proyecta esa garantía.

Cuando en el art. 10 LOLS se regulan las Secciones Sindicales y los delegados sindicales, como representantes de las mismas, y sus derechos y garantías, es indudable que se está regulando, de modo inequívocamente unitario para trabajadores y funcionarios, el régimen de unos órganos del sindicato, y no tanto el estatuto de los titula-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

res de una relación laboral privada o funcionarial pública.

Trae a primer plano la índole de la relación jurídica sobre la que se proyectan los efectos del régimen sindical unitario, para caracterizar desde ella la especial idiosincrasia de ese régimen, es invertir la jerarquía de los elementos lógicos en liza, y devaluar el significado sustancial del derecho fundamental de libertad sindical. Es la relación Sindicato-Administración empleadora la que debe ocupar el primer plano de consideración, y no la relación individualizada del funcionario empleado y Administración.

En tal sentido, habida cuenta que en este caso el demandante es un órgano de un sindicato, un delegado sindical, que demanda en cuanto tal, y con fundamento en el art. 10 LOLS (tal es el fundamento al que se ha reducido la apelación, en la que se prescindió de un planteamiento de mayor envergadura de la primera instancia), esa consideración sustancial debe prevalecer sobre la condición, aquí subalterna, de que el titular del órgano sea un funcionario, y que la garantía reclamada afecte a su estatuto funcionarial.

Y ello sentado, situado ya el proceso en un plano de relación entre el órgano del Sindicato y la Administración, y no en el plano de la relación individual funcionario-Administración, la cuestión queda, en todo caso, al margen del ámbito de atribuciones del orden contencioso-administrativo, por no ser el fundamento de la pretensión ni del acto administrativo que es impugnado en ella, una norma de Derecho administrativo, lo que, aun rechazado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, contra mi tesis, debiera bastar para declarar la falta de jurisdicción de este orden jurisdiccional, y abstenernos en favor del orden social de la jurisdicción.

La sentencia mayoritaria no deja de ser hasta cierto punto paradójica, al abordar la cuestión referente a la apelabilidad de la sentencia de instancia.

Por supuesto comparto la tesis de la sentencia mayoritaria sobre la apelabilidad de la recurrida; pero me parece que las razones en que se funda tal criterio son contrarias a la mera consideración del tema en litigio como una cuestión del estatuto funcionarial, base para la jurisdicción de este orden.

Es difícil de sostener que «en este proceso no está en litigio una cuestión de personal —éste es un aspecto lateral del conflicto—, sino una cuestión que atañe a la libertad sindical y concretamente al denominado "crédito horario" que... permite concluir que, en este caso, el recurso de apelación ha sido bien admitido por haber recaído la sentencia impugnada en un asunto no de personal propiamente dicho, sino de naturaleza sindical y cuantía indeterminada», cuando precisamente el hecho de que se trate de una relación funcionarial ha sido antes la clave de atribución a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Si lo que cuenta, como con acierto indudable se dice en el pasaje transcrito, no es la consideración de cuestión de personal, sino la naturaleza sindical, la misma razón que abona la procedencia de la apelación, tiene virtualidad para extraer el debate del

ámbito de este orden jurisdiccional, pues lo que cuenta es la relación Sindicato-Administración, como se ha dicho antes, y esa relación desborda el estatuto funcionarial, que, como bien se dice en la sentencia, «es un aspecto lateral del conflicto», y se inserta, añado por mi parte, por derecho propio en un ámbito ordinalmente distinto, que funda la jurisdicción del orden social.

RECHAZO INFUNDADO DE LA SOLICITUD DE RECUSACIÓN DE UN MAGISTRADO.

STS Sala 2.ª de 9 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto: Los hechos ahora enjuiciados vienen referidos a las manifestaciones y denuncias antedichas, invocándose la *exceptio veritatis* cuyo eventual acogimiento afectaría, y de modo principal, a la actuación profesional de Bienvenido G.S., padre de quien actuó como Presidente y Ponente en la Sala de instancia, en la presente causa. Los arts. 217 y 219.9 LOPJ juegan indudable papel al efecto, al menos en un plano provisional justificativo de la promoción del incidente recusatorio intentado. Y ello sin prejuzgarse la suerte que, en definitiva, le estaría reservada. Sólo al término del ágil procedimiento estatuido habría de resolverse fundadamente sobre la concurrencia o no, y, en su caso, operatividad, de la causa de recusación esgrimida. Los datos sobre que ésta se apoya no son desmentidos. No resultó hacedero el rechazo de plano de la solicitud del acusado y recurrente, máxime por órgano que no es el previsto para la instrucción y resolución, conculcándose el principio de legalidad a que da albergue el art. 25 CE.

Las razones recogidas en la sentencia de instancia para justificar la actitud negativa del Tribunal a toda abstención o trámite de recusación, no son decisivas al respecto, cualquiera que fuera su significación en el incidente a promover. Que el postulante estuviese o no impuesto de la relación paterno-filial entre los Magistrados que se mencionan es algo que no puede presumirse, máxime en una capital como Madrid, de tanta importancia demográfica y con acusado número de órganos judiciales. La coincidencia de un apellido no puede llevar a ello con un mínimo de seguridad. Todo ello habría de valorarse al término del expediente, pero es insuficiente para el cierre e impedimento previos a toda investigación. Razonablemente se argumenta por el recurrente que las presunciones de que parte el Tribunal han de ser desestimadas sin tenemos en cuenta que aquél, como la inmensa mayoría de los Letrados autorizados a ejercer profesionalmente en el ámbito jurisdiccional de Madrid, no actúa de modo regular y continuado ante los Tribunales de la Audiencia; salvo contadas excepciones, desconocen la identidad no-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

minativa de los Magistrados que integran las respectivas Secciones, y, menos, las posibles relaciones de parentesco que pudieran darse. Y además, había estado representado y defendido por Letrado designado particularmente en las actuaciones procesales que se indican. La S 4 oct. 1982 ilustra acerca de este deber de admisión a trámite de la recusación, con formación de pieza separada y observancia de las previsiones legales correspondientes.

En consecuencia habrán de ser acogidos los motivos del recurso que se enumeran, lo que releva del estudio de los restantes. Procediendo casar la sentencia de instancia y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la iniciación de la Vista del juicio oral. Pudiera pensarse que el Tribunal de instancia, a continuación, habría de proceder a dar curso a la propuesta de recusación. Ahora bien, dada la postura de absoluto rechazo adoptada por aquél, oponiéndose al curso de todo trámite respecto al incidente intentado promover, con argumentos no propios para su anticipo y en base a los mismos marginación *in limine* de la solicitud formulada, esta Sala, en línea uniforme con doctrina hartamente reiterada, considera que los tres Magistrados de la Sección de la Audiencia intervinientes en el juicio y que adoptaron antedichos acuerdos, han resultado «contaminados» y no deben intervenir en el proceso pendiente contra Emilio V.F., debiendo ser sustituidos por otros Magistrados, lo que toma innecesario el trámite del incidente de recusación.

Requisitos de validez de la diligencia de entrada y registro concedida por el Juzgado de Guardia.

STS Sala 2.ª de 26 de septiembre de 1995.

Fundamentos de derecho

4.— El segundo punto de fricción con las garantías constitucionales se encuentra en la diligencia de entrada y registro, que se llevó a efecto por un Juzgado distinto del que originariamente puso en marcha la actividad investigadora y que no reunía los requisitos exigidos por la ley y por la doctrina jurisprudencial para su validez.

Se puede admitir que por razones de urgencia y apremio se solicite la entrada y registro del juez que se encuentra de guardia pero en ningún caso la petición puede desligarse totalmente de las investigaciones que estaba realizando otro Juzgado que conocía con anterioridad de los hechos objeto de investigación. Cuando los acontecimientos tienen la secuencia que hemos relatado, es indispensable que el juez investigador conozca la petición de la policía judicial respecto de la conveniencia de la entrada y registro y que, en su caso, delegue en el juez de guardia, comunicando a éste que la justificación de la autorización se encuentra en el resultado de las investigaciones en marcha.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En el caso presente, el A 30 mar. 1994, dictado por un juez diferente del que llevaba la investigación, se limita a recoger que por la policía judicial se solicita mandamiento de entrada y registro por tener indicios racionales de que, desde el mismo, sus moradores están llevando a cabo tráfico de drogas, sin especificar de dónde proceden esos indicios y omitiendo toda referencia a las escuchas que sirvieron para detectar los hechos que se trataba de comprobar.

Al mismo tiempo y considerando aisladamente el auto motivador de la entrada y registro, se observa que carece de una suficiente justificación de su concesión. Como ha señalado una reiterada doctrina del TC y de esta Sala y que se compendia en una reciente sentencia del TC de 25 jul. 1995, la motivación forma parte esencial y de la resolución judicial que permite la entrada y registro. Corresponde al juez —como dice el TC— llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad de domicilio y debe ir acompañada de un acto de comprobación donde se ponderen las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental. En el caso que estamos citando, la causa de haberse expedido el mandamiento radicaba en una solicitud de la policía judicial y se estima que una motivación tan lacónica no puede satisfacer los cánones de suficiencia que exige una medida tan agresiva para un derecho fundamental.

Todo ello nos lleva a la declaración de la nulidad del registro, con los consiguientes efectos sobre los datos probatorios obtenidos.

Momento procesal oportuno para proceder a la intervención telefónica.

STS Sala 2.ª de 26 se septiembre de 1995.

Fundamentos de derecho

3.— En cuanto a la diligencia de intervención telefónica, la invalidez de su resultado se centra en dos aspectos fundamentales: haber sido acordada en diligencias indeterminadas y la falta de control judicial.

Abordando la primera cuestión, nos encontramos ante una intervención telefónica acordada por el Juzgado mediante la incoación de unas diligencias indeterminadas, como pone de relieve la sentencia recurrida. La utilización de un libro registro especial para las denominadas diligencias indeterminadas es contrario a la normativa vigente, ya que sólo se admite la incoación de asuntos penales por la vía de las diligencias previas o sumarios.

El precepto que autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas —art. 579.2 LECrim.— permite su puesta en marcha para descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia que tenga trascen-

dencia o importancia en el desenvolvimiento de la causa. Como ya se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 26 jul. 1993, la expresión que emplea el legislador no quiere decir que en todos los supuestos de interceptación de comunicaciones telefónicas deba existir un procedimiento penal ya en marcha y suficientemente avanzado, ya que la resolución judicial que acuerde la intervención telefónica puede ser la que dé origen a la iniciación o incoación del procedimiento penal. En ningún caso se puede autorizar una intervención telefónica con carácter previo a la puesta en marcha y anotación respectiva de un determinado procedimiento de investigación penal. Por otro lado, procedimientos penales sólo son aquellos que están expresamente previstos en la LECrim.

La utilización del cauce de las diligencias indeterminadas para poner en marcha un procedimiento de interceptación de conversaciones telefónicas es una irregularidad en la que frecuentemente incurren los órganos jurisdiccionales encargados de la investigación criminal, por lo que su invocación frecuente ha dado lugar a una abundante jurisprudencia de esta Sala. Las denominadas en el uso forense diligencias indeterminadas, que también podrían denominarse asuntos indeterminados o varios, pueden constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción, pero siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asuntos ordinarios o generales. La llevanza de un libro de diligencias indeterminadas responde a exigencias meramente administrativas o burocráticas del órgano que las practica, sin más trascendencia que la constancia fehaciente de una actuación judicial que no está encaminada a la investigación de un hecho criminal.

Ahora bien, existe una línea jurisprudencial que ha venido relajando considerablemente esta irregularidad inicial, llegando a justificar la incoación de unas diligencias indeterminadas para la intervención telefónica, cuando existen razones apremiantes que fuerzan su utilización, ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida, siempre que el que definitivamente decida la cuestión sea el juez competente para conocer del proceso. Pues bien, en el caso presente la autorización para intervenir uno de los teléfonos afectados se realizó mediante A 11 mar. 1994, en el que se señala un plazo no superior a un mes y no se contienen instrucciones sobre la periodicidad de la entrega de cintas ni sobre su conservación y transcripción.

Se observa que la transcripción de las conversaciones está hecha en papel de oficio propio de la Administración de Justicia, pero no existe ninguna diligencia de aseveración en la que el Secretario Judicial haga constar que la puesta en escrito de las voces grabadas se corresponde con el contenido de las cintas entregadas. El 24 mar. 1994 se autoriza la intervención de un nuevo teléfono en las mismas condiciones que el anterior, verificándose la transcripción, concurriendo las mismas circunstancias que en el supuesto precedente. Posteriormente se toma declaración

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a los tres acusados y se hace constar que se procede a oír las grabaciones, manifestando dos de ellos que reconocen su voz mientras un tercero lo niega.

Más adelante, al folio 297, el Secretario Judicial redacta una diligencia de seis líneas en la que hace constar que en días sucesivos ha procedido a la audición de las cintas grabadas y manifiesta que ha podido constatar que, esencialmente, coincide la transcripción hecha con el contenido de ella, «aunque, eso sí, de forma resumida y extractada», sin que se haya referido específicamente esta diligencia a los folios antes mencionados y sin que se haya llamado a los acusados para que estuviesen presentes o debidamente representados en la audición y selección de las cintas, si bien es cierto que como ya se ha dicho a los acusados se le hizo oír algunas cintas, pero no consta que fuese la totalidad de lo grabado.

Todo ello nos lleva a estimar que la intervención telefónica no se realizó con las debidas garantías que deben presidir toda intromisión en un derecho fundamental de tanta relevancia constitucional como el derecho al secreto de las comunicaciones, que no es otra cosa que un aspecto material de la protección de la intimidad y dignidad de la persona.

EXISTE UNA LAGUNA LEGAL EN MATERIA DE SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES EN SUPUESTOS DE CRISIS DE LAS UNIONES «MORE UXORIO».

SAP Barcelona Sala 1.ª de 24 de febrero de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Debe analizarse en segundo lugar la alegación de conculcación del derecho de defensa letrada. No ha previsto el legislador un cauce procesal concreto que resuelva con urgencia y provisoriamente los supuestos de crisis de las uniones *more uxorio,* previsión que sí existe con las uniones matrimoniales, mediante medidas provisionalísimas o de primera fase (que no requieren postulación y defensa, art. 1.884 LEC) o medidas provisionales y coetáneas (que sí prevén la asistencia de profesionales, art. 1.895.2 LEC). Cierto es que la solución definitiva de la crisis de estas uniones se solventa por el cauce subsidiario del juicio declarativo ordinario de menor cuantía (art. 484.4 LEC), con obligada asistencia de letrado y procurador, pero debemos avanzar la conclusión de que no existe posibilidad cautelar de resolver globalmente las situaciones de urgencia de estas parejas en crisis, corroborando la existencia de una laguna legal que afecta, lógicamente, a los requisitos de postulación. Comparte la Sala la opinión mayoritaria de que desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales (vida, integridad, dignidad, intimidad, residencia) de uno de los miembros de la pareja ante la actitud del contrario, y desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los hijos (protección

integral, asistencia, art. 39 CE) frente a sus progenitores y de la protección de los menores es posible la actuación jurisdiccional, de oficio (en caso de estar implicados menores) o a instancia de parte para resolver con urgencia estas situaciones, y de hecho las mencionadas medidas provisionalísimas y provisionales no son ajenas a esta perspectiva fundamental (protegiendo a la mujer casada y a los hijos), pero lo cierto es que no existe procedimiento adecuado cuando de parejas de hecho se trata. De no deducirse la exigencia constitucional de protección de derechos fundamentales, no cabría presumir olvido del legislador (que podría querer dar trato distinto a las parejas de hecho respecto a las matrimoniales). Pero al quedar afectados derechos fundamentales hemos de intentar una solución legal. Ésta no se encuentra en el desarrollo provisional del art. 53.2 CE, pues no afecta a los derechos del art. 39 ni es posible aplicar la L 62/1978 de 26 dic., por no mencionarse en su art. 1.2 los derechos fundamentales que hemos expuesto, por lo que no queda sino interpretar las normas procesales ordinarias desde la perspectiva constitucional.

Cuarto: Deducida la exigencia constitucional, para cubrir dicha laguna de derechos primigenios, al no ser posible, por ser materia de orden público, inventar un proceso *ad hoc,* se ha intentado la aplicación de diversos procesos ya establecidos: a) el proceso de protección de menores con o sin intervención de la entidad pública (arts. 1.826 y 1.828 LEC) en el contexto de la protección de menores y el desamparo, pero claramente se convendrá que no siempre responderá la realidad a esta vía, pues el desamparo o el ejercicio anormal de los derechos paternofiliales no se da necesariamente en las crisis que analizamos; b) el trámite de la disp. trans. 10 L 11/1981 de 13 may., pero este precepto parece previsto *stricto sensu* para controversias en el ejercicio de la patria potestad, y nace la duda de si se puede aplicar a los supuestos de «urgencia», pues la controversia puede que no tenga premura y en todo caso el proceso se pone en relación con el art. 156.2 CC, es decir, con los supuestos de unión familiar y discrepancias ocasionales (elección de colegios, operaciones quirúrgicas, etc.); c) en una interpretación extensiva se aplica dicha disp. trans. 10 a los supuestos del art. 158 CC (medidas cautelares para asegurar alimentos, evitar perturbaciones dañosas en caso de cambio de patria potestad o apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios) y es cierto que en determinadas situaciones de crisis de la pareja de hecho los hijos pueden verse protegidos por este cauce innominado de jurisdicción voluntaria, aunque el precepto parte del supuesto de que ambos padres incumplan dichos deberes y de la pervivencia de la unidad familiar; d) otros juristas creen que el cauce adjetivo a este precepto (art. 158 CC) está en los arts. 1.910 y ss. LEC, referidos a tratos de excesiva dureza, órdenes, consejos o ejemplos corruptores, pero en la mayoría de las situaciones de crisis de pareja de hecho no se producen tales excesos; e) otros optan por aplicar «analógicamente» las medidas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

provisionalísimas o provisionales matrimoniales, con una dudosa y peligrosa extensión de los efectos adjetivos y sustantivos de las situaciones matrimoniales a las convivencias *more uxorio;* f) por último (y a salvo otras posibilidades), se predica la aplicabilidad de las medidas cautelares innominadas del art. 1.428 LEC (propio de cuestiones negociales y patrimoniales en general).

CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA. EN CONCRETO, LA COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA MILITAR.

STC Sala 1.ª 161/1995 de 7 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo: Resta, pues, examinar el reproche que constituye la pretensión principal o única de todas las demandas acumuladas, la alegada infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, la cual también debe ser rechazada. A esta conclusión se llega una vez que, como hemos visto, no es inconstitucional aplicar el régimen disciplinario militar a la Guardia Civil, tras un razonamiento en el que, en primer lugar, se ha de analizar si es conforme con la CE atribuir a determinados órganos de la jurisdicción militar la competencia para conocer de las reclamaciones por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito castrense y, concretamente, en la materia disciplinaria militar, con lo que ello supone de atribución de la tutela judicial prevista en el art. 53.2 CE. Si la respuesta a esta primera cuestión es afirmativa, habrá de pasarse a determinar si los casos que están en el origen de estos recursos de amparo, unas sanciones disciplinarias a miembros de la Guardia Civil, se encuentran incluidos dentro de ese ámbito estrictamente castrense, único en el que nuestra CE permite el desenvolvimiento de la jurisdicción militar, evitando cualquier posibilidad de hipertrofia de la misma.

La primera, y fundamental, de las cuestiones ha sido resuelta en sentido afirmativo por la reciente S 113/1995 de 7 jul., que desestimó una cuestión de inconstitucionalidad suscitada respecto de los arts. 453 y 518 LO 2/1989, que establecen que las sanciones disciplinarias en materia militar que afecten a los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 CE serán impugnables, a través un recurso contencioso-militar preferente y sumario, ante los órganos competentes de la jurisdicción militar, los cuales se configuran como el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia de disciplina militar, rechazando el criterio de la AT proponente, que consideraba que la tutela judicial a la que se refiere el art. 53.2 CE debía ser prestada en todo caso por los Tribunales ordinarios con la consiguiente exclusión de los militares. Contrariamente, el Pleno de este Tribunal tomó en consideración la configuración que hace la LO 4/

1987 de la jurisdicción militar y las garantías que la misma ofrece en este tipo de procesos, que son similares, como ya se afirmó en la TC S 204/1994, a las que ofrecen los Tribunales ordinarios. A partir de tales presupuestos declaró que tal atribución competencial en favor de esa jurisdicción «no puede considerarse inconstitucinal por la referencia que a los Tribunales ordinarios hace el art. 53.2 CE, toda vez que en dicha mención caben, dentro de la materia propia de su estricta competencia y sólo en ella, los Tribunales Militares» a los que se refiere el art. 518 LO 2/1989.

Resuelta así esta primera cuestión, sólo resta analizar si la aplicación del régimen disciplinario militar sustantivo a los miembros de la Guardia Civil legitima la consiguiente atribución competencial en favor de la jurisdicción militar. En este sentido, es de tener en cuenta que la LO 11/1991, disciplinaria de la Guardia Civil (arts. 64 a 66) señala como competentes a los Tribunales militares a través del correspondiente contencioso-disciplinario militar. Al tiempo de dictarse las resoluciones judiciales impugnadas, la competencia de la Jurisdicción militar se derivaba del art. 17 LO 4/1987, de competencias y organización de la Jurisdicción militar, que le atribuía competencia para la tutela de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la LO 12/1985, en virtud de la cual se impusieron las sanciones que están en el origen de los presentes recursos de amparo. Pues bien, este Tribunal, en su S 194/1989, sentando una doctrina luego confirmada por las TC SS 44/1991 y 106/1992, ha declarado que, si bien no todo ilícito cometido por un Guardia Civil ha de quedar atribuido a la esfera castrense, la naturaleza militar del instituto «sí obliga a afirmar que las sanciones disciplinarias impuestas a un Guardia Civil, como en el caso que nos ocupa, por faltas tipificadas en el art. 9.15 LO 12/1985 sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un Instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente (art. 13 LO 2/1986) pertenece al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE)».

Constitucionalidad de la atribución a un solo Magistrado de la competencia para el conocimiento de la apelación en los juicios de faltas.

STC Sala 2.ª 157/1995 de 6 de noviembre.

Fundamentos de derecho

Primero: El amparo pretende obtener una declaración de nulidad de la sentencia que el 5 feb. 1992 dictó la AP Mallorca, revocando en apelación otra absolutoria pronunicada por el JI Inca núm. 2 en juicio de faltas y, en consecuencia, dentro de la jurisdicción penal. El sedicente agraviado se duele de su

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

condena como autor de una contravención tipificada en el art. 586 bis CP (art. 24.2 CE) con el único soporte del atestado policial, elemento de juicio insuficiente, en su opinión, para configurar la culpabilidad, quebrantando así la presunción de inocencia que le favorece (art. 24.2 CE), como una de las garantías enderezadas a conseguir la tutela judicial efectiva, derecho fundamental de aquellos más intensamente protegidos.

Pues bien, la sentencia condenatoria, elemento material del objeto procesal, tuvo por autor un Magistrado, y no la Sección correspondiente de la Audiencia, juzgando en segunda instancia. La sombra que sobre tal circunstancia pudiera arrojar aquí y ahora lo dicho en nuestra TC S 254/1994, donde se declara inconstitucional la competencia para juzgar en apelación de las sentencias recaídas en los juicios verbales civiles que se atribuyera a un solo Magistrado de la AP por la L 10/1992, dando nuevo contenido al art. 737 LEC, nos ha movido a plantear tal cuestión a la reflexión de las *dramatis personae* actuantes en este proceso, protagonista y antagonista. La circunstancia de que su solución pudiera incidir en la figura constitucional del Juez predeterminado por la Ley, soporte intrínseco de la tutela judicial, aconseja que metodológicamente se dé prioridad a su análisis, ya que podría hacer innecesario el de las demás cuestiones si condujera a la anulación de la segunda sentencia, con el simétrico planteamiento de la cuestión de constitucionalidad al Pleno de este Tribunal (art. 552.2 LOTC).

En la configuración del Poder Judicial que ofrece su Ley Orgánica vigente desde 1985, las AA.PP. se compondrán de un Presidente y dos Magistrados, al menos, composición que habrán de tener también las Secciones en que se dividan si la planta fuere mayor de la mínima (art. 8.1). Son, pues, Tribunales en el sentido propio de la expresión que actúan, como regla, colegiadamente. Tan sólo en el orden penal, para el conocimiento de las apelaciones en los juicios de faltas, funcionan unipersonalmente. Según previó desde un principio la Ley Orgánica (art. 82.1.2), que no extiende esta modalidad excepcional a la jurisdicción civil. En ésta fueron antes los Jueces de Primera Instancia quienes conocieron de la segunda en los juicios verbales procedentes de los órganos de la llamada justicia municipal (Jueces homónimos y Comercales, luego de Distrito), hasta que al desaparecer, con traspaso de su competencia a aquéllos, hubo de encomendarse la resolución de los recursos de apelación al superior inmediato, las AA.PP. (art. 84.2 LOPJ). Otra Ley, la L 10/1992 modificó la LEC, en lo que aquí interesa, haciendo posible que en tales casos la AP se constituyera con un solo Magistrado. Esta nueva regulación ha sido considerada inconstitucional por nuestra TC S 254/1995 como consecuencia de haberse hecho en una Ley ordinaria, infringiendo así la reserva en favor no de una Ley Orgánica cualquiera, sino de la LOPJ, como código unitario, reflejo formal de la unidad jurisdiccional. Por lo dicho, aun cuando la atribución de las apelaciones en los juicios de fal-

tas a un solo Magistrado de la Audiencia coincida materialmente con la que se pretendió hacer en los juicios verbales civiles, el juicio de su constitucionalidad da resultados muy distintos. En efecto, la que aquí y ahora interesa fue establecida en la LOPJ y, en consecuencia, cumple la exigencia contenida en el art. 122.1 CE. Resulta patente que, como indica el Fiscal, la TC S 254/1994 carece de reflejo alguno sobre este recurso de amparo.

Pertinencia de la Declinatoria Internacional.

SAP Málaga Sala 4.ª de 31 de diciembre de 1994.

Fundamentos de derecho

Tercero: Habiéndose tratado en la sentencia e insistido en ello por la parte apelada como cuestión de orden público, debemos tratar en primer lugar si en nuestro ordenamiento procesal tiene cabida la Declinatoria Internacional.

No se refiere a ella nuestra LEC, ni la LOPJ, al menos con carácter expreso, sin embargo, la figura de la declinatoria entre los Tribunales del Estado es una institución procesal de honda raigambre.

Por su parte, la promotora de la presente declinatoria entiende que del art. 22.2 LOPJ, se puede deducir analógicamente la pertinencia de la Declinatoria Internacional, en cuanto que dicho precepto admite la institución de la sumisión a favor de los Juzgados y Tribunales españoles, por lo que por idéntica razón podrán admitirse los pactos que excluyan la jurisdicción de los Tribunales españoles.

Esta interpretación de la LOPJ se acoge por la Sala como correcta y ajustada a Derecho, pero entendemos que gozamos de fuentes normativas aún más claras y que este Tribunal debe plantear en aplicación del principio *iura novit curia*.

Se trata del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 sep. 1968, pactado al amparo del art. 220 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, adhiriéndose España a aquél, en virtud del Convenio de San Sebastián de 26 may. 1989 (*BOE* 8 ene. 1991), asumiéndolo como Derecho Comunitario Convencional.

En concreto se trata de los arts. 17 y 20 del mencionado Convenio, aplicables de acuerdo con el art. 1.5 CC y los principios generales de derecho comunitario, de «primacía y efecto directo».

El art. 17 dentro de su párr. c), establece:

Cuando ninguna de las partes que hubiere celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado contratante, los Tribunales de los demás Estados contratantes sólo podrán conocer del litigio cuando el Tribunal o los Tribunales designados hubieren declinado su competencia.

El art. 20 del Convenio, dentro de la sección destinada a la «comprobación de la competencia judicial», establece que:

Cuando el demandado domiciliado en un Estado contratante fuere emplazado por un Tribunal de otro Estado contratante y no compareciere, dicho Tribunal se declarará de oficio incompetente si su competencia no estuviere fundamentada en las disposiciones del presente Convenio.

De lo expuesto en estos dos preceptos se deduce que los Tribunales de los Estados Comunitarios y de los firmantes del Convenio, podrán declinar su competencia en favor de los pertenecientes a los otros Estados, incluso de oficio. Por ello, entendemos que debe entender bien planteada la cuestión de competencia, en base a una declinatoria internacional, al poseer refrendo normativo que lo posibilita.

Dos perspectivas de la noción de error judicial: en relación con los hechos y en relación con el ordenamiento jurídico a aplicar.

STS Sala 1.ª de 14 de diciembre de 1994.

Fundamentos de derecho

Quinto: Con relación al error judicial, la jurisprudencia de esta Sala tiene ya elaborado un cuerpo de doctrina, con arreglo a la cual el error judicial no se configura ni como una nueva instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas e irracionales, surgiendo el error judicial cuando el mismo «es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible generadora de una resolución específica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico». En otras palabras, «el concepto de error judicial se puede entender en dos perspectivas: a) Una en cuanto se proyecta sobre los hechos si éstos, y fuera de los cauces legales, son omitidos o se parte de otros distintos y diferentes a los que constituyen el *factum* del pleito y que fueron objeto de debate, y b) en línea del ordenamiento jurídico a aplicar, cuando

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se ha llevado a cabo una aplicación del derecho basada en normas inexistentes, caducadas o interpretadas de manera abierta y palmaria en su sentido contrario, o en pugna frontal a la legalidad, llegándose a conclusiones y decisiones ilógicas y absurdas, contrarias a lo que es evidente y constatado o a la normativa aplicable, generándose con ello una ruptura de la armonía del concierto jurídico y situación de desorden en lo que la recta Justicia debe procurar».

Sexto: Teniendo en cuenta la expresada doctrina jurisprudencial, ha de concluirse que la demanda de error judicial entablada contra el auto de la Secc. 7.ª de la AP Valencia, de fecha 29 jul. 1991 (resolutorio del incidente de impugnación de la tasación de costas practicada en el ya referido juicio de audiencia en rebeldía) carece por completo de base y fundamento algunos. El expresado auto, partiendo del supuesto de que el juicio especial de audiencia en rebeldía (tramitado en única instancia ante la propia Audiencia Provincial —art. 779 LEC—) es de cuantía indeterminada, pues en el mismo no se debate ninguna cuestión evaluable económicamente, sino simplemente si debe prestarse o no audiencia al litigante condenado en rebeldía en otro proceso (cualquiera que sea la entidad económica de éste), razona con irreprochable lógica jurídica (en los fundamentos que hemos transcrito literalmente en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución), en plena concordancia, además, con el preceptivo dictamen del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (art. 427 LEC) que para determinar los honorarios del Letrado y los derechos arancelarios de la Procuradora de la parte en cuyo favor se hizo el pronunciamiento de las costas del referido juicio de audiencia en rebeldía, deben aplicarse las Normas Orientadoras del respectivo Ilustre Colegio de Abogados (en lo referente a los honorarios de Letrado) y los preceptos del correspondiente Arancel (en lo atinente a los derechos económicos de la Procuradora) que se refieren a los procesos especiales de cuantía indeterminada, pues de esa naturaleza es el expresado juicio de audiencia en rebeldía, por lo que al no haber incurrido en error judicial alguno el referenciado auto de la Secc. 7.ª de la AP Valencia, de fecha 29 jul. 1991, debe ser desestimada la sorprendente y totalmente infundada demanda iniciadora de este proceso, con la que los demandantes (el Letrado D. Eloy S.F. y la Procuradora D.ª M.ª José de L.C.) lo único que han pretendido, a través de esta indirecta vía, ha sido interponer un recurso contra el repetido auto, contraviniendo la prohibición expresa del art. 428 LEC, que establece que «la Sala o, en su caso, el Juez, con presencia de lo que las partes o los interesados hubieren expuesto y de los informes recibidos sobre los honorarios, aprobará la tasación o mandará hacer en ella las alteraciones que estime justas, y a costa de quien proceda, sin ulterior recurso».

LOS TRIBUNALES MILITARES SON COMPETENTES PARA EL CONOCIMIENTO DEL RECURSO DE AMPARO JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EX. ART. 53.2 DE LA CE.

STC Pleno 113/1995, de 6 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto: Así pues, el problema de inconstitucionalidad que se nos plantea consiste en determinar si los arts. 453.3 y 518 LO 2/1989, Procesal Militar, que atribuyen a los Tribunales Militares, constituidos en la forma que allí se especifica, el conocimiento del recurso contencioso disciplinario-militar preferente y sumario contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, son o no incompatibles con el art. 53.2 CE por la referencia que en dicho precepto constitucional se hace a los Tribunales ordinarios para recabar de ellos la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Secc. 1.ª Cap. II CE.

Centrada así la cuestión, la duda de inconstitucionalidad no puede resolverse sin relacionar los arts. 53.2 y 117.5 CE. El primero porque en él tiene su origen la duda y el segundo porque contempla un ámbito de actuación jurisdiccional, el estrictamente castrense, dentro del cual se pueden producir también las vulneraciones a que alude el art. 53.2.

Partiendo de estas premisas, no cabe deducir que por la referencia a los Tribunales ordinarios que se hace en el art. 53.2 CE se altere de forma sustancial la organización que del Poder Judicial hace la CE en su conjunto. Si el art. 117.5 CE establece el principio de la unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales y en ese mismo precepto se prevé que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la CE», no puede eliminarse esta previsión constitucional cuando se trate de la protección de las libertades y derechos fundamentales quebrantados en el marco de lo estrictamente castrense. Admitida la competencia en ese marco de la jurisdicción militar para conocer del procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, en el que, naturalmente, pueden y deben ser protegidos los derechos fundamentales que en él se invoquen, el hecho de que al proceso de esa misma naturaleza contenciosa se le dote, para la defensa de los derechos y libertades fundamentales, de los principios de preferencia y sumariedad a que se refiere el art. 53.2 CE, no puede conducir como exigencia constitucional a alterar la jurisdicción competente establecida en el art. 117.5 de la propia Norma fundamental para el ámbito estrictamente castrense, al que nos hemos referido en la STC 60/1991 (FJ 3.º).

En los Autos de planteamiento de las cuestiones se hace una afirmación que por sí misma conduce a la duda de constitucionalidad. Se dice (FJ 8.º del A 30 jun. 1989):

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«En concreto, no es acorde con la CE, a nuestro entender, la atribución de dicho proceso (el preferente y sumario del art. 53.2 CE) a la jurisdicción militar, cualquiera que sea el ámbito objetivo de actos impugnables que se quiera acotar al respecto». Con este punto de partida la duda sobre la constitucionalidad de los arts. 453 y 518 Ley Procesal Militar, no sólo es explicable sino que sería una realidad. Mas lo que no es posible, contemplando la CE en su conjunto y, particularmente, en lo atinente a la organización del Poder Judicial, es prescindir el «ámbito objetivo de los actos impugnables», porque ese ámbito objetivo —el estrictamente castrense— es, precisamente, el que ha tenido en cuenta el constituyente para establecer dentro del principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la jurisdicción militar que, según los autos de planteamiento desaparece cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, si estos derechos pueden ser conculcados en el ámbito estrictamente castrense, y en ese ámbito y no en otro, se produce la vulneración motivadora de la tutela judicial, el legislador puede legítimamente establecer que ésta se preste por determinados Tribunales de la jurisdicción prevista en el art. 117.5 CE. El término utilizado por el art. 53.2 —Tribunales ordinarios— no puede dejar sin contenido las previsiones constitucionales que han partido de los diferentes ámbitos objetivos que en los autos de planteamiento resultan desconocidos. No cabe sostener, por tanto, como se hace en los autos de planteamiento, que los Tribunales militares no puedan considerarse incluidos en la mención que a los Tribunales ordinarios hace el art. 53.2 CE, puesto que si las vulneraciones de las libertades y de los derechos fundamentales previstas en el mismo se pueden producir en un ámbito que la propia CE ha reservado a los Tribunales militares, en este aspecto y dentro de este ámbito sí pueden considerarse incluidos dichos Tribunales en la mención que a los ordinarios hace el art. 53.2 CE.

Sexto: Lo que plantea propiamente la Sala es que cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo frente a una sanción disciplinaria militar cuyo conocimiento correspondería normalmente la jurisdicción militar, si se hace invocando un derecho o libertad fundamentales y al amparo del art. 53.2 CE se solicita la tutela preferente y sumaria de dicho derecho o libertad, entonces el art. 53.2 por su referencia a los Tribunales ordinarios impide que dicha tutela pueda ser prestada por los Tribunales militares. Mas esta alegación excluyente de los Tribunales militares de la protección de las libertades y los derechos fundamentales, por el procedimiento previsto en el art. 53.2 CE, que ya ha sido rechazada por cuanto se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, merece alguna otra consideración.

Resulta patente, y no precisa ser especialmente subrayado, que los derechos y libertades constitucionales vinculan a los poderes públicos de toda índole y naturaleza, y que tratándose de órganos jurisdiccionales, esa vinculación significa no sólo un deber de respeto hacia esos derechos y libertades, sino

también un deber de tutela. Es decir, un deber de proteger dichos derechos y libertades, frente a todo tipo de ataques, pues son todos los órganos jurisdiccionales los primeramente encargados de la tutela de dichos derechos y libertades. Por lo tanto, al establecer el art. 53.2 CE que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que el citado precepto impone es un mandato al legislador de regular una vía procesal rápida para la protección de los derechos y libertades señalados y no la de atribuir tal protección a una u otra jurisdicción y, menos aún, la de excluir a la jurisdicción militar de una protección que es inherente a todas ellas.

El art. 53.2 CE es garantía de la existencia de ese procedimiento basado en la celeridad de la tutela, pues dada la especial posición que los derechos y libertades fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento, en cuanto traducción normativa de la dignidad humana y elemento legitimador de todo poder político, el tiempo de prestación de la tutela judicial, siempre fundamental como lo demuestra la constitucionalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se revela como factor capital del efectivo goce y disfrute de dichos derechos fundamentales.

Por tanto, la lectura del art. 53.2 CE permite entender que la contraposición que en el mismo se realiza es entre los Tribunales ordinarios y este TC, pues a los primeros se les encomienda con carácter general la tutela de los derechos y libertades fundamentales, y especialmente a través de un procedimiento caracterizado por la preferencia y la sumariedad, lo que se ha dado en llamar el «amparo judicial ordinario» de los derechos fundamentales —que todavía no ha sido plenamente regulado—, mientras que a este TC se le otorga a través del recurso de amparo «en su caso» (art. 53.2 CE) o «en los casos y formas que la ley establezca» (161.1 *b* CE), el «amparo constitucional» de dichos derechos y libertades.

Dicho en otras palabras: Dada la trascendencia de las libertades y los derechos fundamentales consagrados por la CE (arts. 14 a 30), se prevé en ella —art. 53.2— para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno, que se atribuye a los Tribunales ordinarios; y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al TC. El precepto se refiere, pues, a dos jurisdicciones diferentes: la del Poder Judicial que de forma exclusiva y excluyente tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (Tít. VI CE) y es, por tanto, la común u ordinaria; y la del TC (Tít. IX CE) cuyo ámbito de actuación o de jurisdicción se limita a las garantías constitucionales a través de los procesos que se expresan en el art. 161 CE y, entre ellos, el recurso de amparo utilizable «en su caso» para la protección de aquellos derechos cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria. Así cabe entender, como señala el Abogado del Estado, la referencia de unos y otros

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tribunales ordinarios de un lado y constitucional de otro.

Por otra parte, los órganos de la jurisdicción militar deben ejercer su potestad jurisdiccional «de acuerdo con los principios de la CE» (art. 117.5 *in fine,* CE), lo que significa, entre otras cosas, que están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos y que en el ámbito de su competencia, esto es, en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, han de tutelar igualmente los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 CE.

Si en otra ocasión y a propósito del *Habeas Corpus* este Tribunal ha afirmado que la jurisdicción militar es competente para conocer de la vulneración de derechos fundamentales (SSTC 194/1989, FJ 5.º; 44/1991, FJ 3.º, y 106/1992, FJ 2.º), ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 CE a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto, o, finalmente, que el art. 53.2 CE estaría consagrando la posibilidad de que, aun en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente y sumario sirvieran para desposeer a los Tribunales militares de su competencia, lo que —como señala el Abogado del Estado— sería absurdo.

Séptimo: Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones acerca de la jurisdicción militar. Así, en la STC 60/1991 (FJ 3.º) afirmábamos que: «El art. 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone el legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 CE impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 CE no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la

jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 CE».

Queda, pues, delimitada la competencia de los Tribunales militares por el art. 117.5 CE, en términos que no son necesarias otras previsiones para excluir su intervención más allá de lo previsto en el citado precepto. Y si en él se establece que «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la CE», es claro que ésta exige una regulación legal de la jurisdicción militar que sea acorde con los principios constitucionales, de modo que el resultado querido o permitido por la Norma fundamental es la de unos órganos que, adaptados a los principios de la CE, en su estrecho ámbito competencial, presten la tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el art. 24 CE.

Como recuerda el MF en sus alegaciones, recogidas con detalle en el antecedente quinto de esta sentencia, la adaptación de la jurisdicción militar a los principios constitucionales y a las garantías que éstos brindan a los justiciables, se ha llevado a efecto por la L 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que, dotando a los órganos judiciales militares de las garantías de independencia e inamovilidad, culmina con la creación en el TS de la Sala de lo Militar integrada, como todas las demás de dicho alto Tribunal, en la cúspide del Poder Judicial. El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el TS en los términos y con la salvedad que señala el art. 123.1 CE.

Abundando en lo que señala el MF, hemos de decir que en la STC 204/1994, dictada por la Sala 1.ª de este Tribunal al resolver sendos recursos de amparo interpuestos con base en el art. 24 CE por supuesta infracción de los derechos consagrados en dicho precepto, al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías, vulneraciones que se entendían cometidas por proceder de la jurisdicción militar las resoluciones allí recurridas, en dicha sentecia (FJ 4.º), declaramos lo que, por su importancia a los fines ahora cuestionados, reproducimos a continuación: «El reconocimiento por la CE, y ésta es la primera afirmación que debe consignarse, de una "jurisdicción militar" en el ámbito estrictamente castrense (art. 117.5.2. CE) no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 CE. El propio art. 117.5.2. CE sólo prevé la existencia de una jurisdicción militar "de acuerdo con los principios de la CE", entre los cuales ocupa una posición central el que se traduce en el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. La jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nal (STC 97/1985, FJ 4.º; 180/1985, FJ 2.º y 60/1991, FJ 4.º) ha de ser "jurisdicción", es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva. Esta misma idea se encuentra corroborada, en negativo, por el art. 117.6 CE cuanto al declarar lapidariamente que "se prohíben los Tribunales de excepción", excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Quiere ello decir, más concretamente, que en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar son plenamente exigibles los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), derechos que, con arreglo al art. 10.2 CE, no deben ser interpretados en contradicción, particularmente, con el derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída "por un Tribunal independiente e imparcial" (art. 6.1 Convenio Europeo de los Derechos Humanos). La cuestión de si la independencia del órgano judicial debe ser enmarcada en el ámbito del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley o en el del derecho a un proceso con todas las garantías, es efectivamente, secundaria, como concluye el Abogado del Estado; al ser la independencia una nota inherente a cualquier jurisdicción, debe considerarse inserta en el concepto previo de tutela judicial (art. 24.1 CE). El art. 117.5 CE, dijimos en la STC 60/1991, "ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la ley Reguladora de la Jurisdicción Militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa..." (FJ 3.º)».

La sentencia examina después con detalle los artículos de la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, relativos a la independencia e imparcialidad de los titulares de dicha Jurisdicción, adaptándola así a los principios de la CE; y ese examen de diversos preceptos (arts. 1, 2, 3, 5 y 6) se cierra con la siguiente referencia a los arts. 8, 9 y 118: «El art. 8 declara que, en el ejercicio de sus funciones, "los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley"; por su parte, el art. 118 dispone que los Mandos Militares se abstendrán de intimar a quienes ejerzan cargos judiciales en la jurisdicción militar. Como garantía de lo anterior, el art. 9 declara, por fin, que, en el supuesto en que aquéllos se consideraran "perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central"».

La citada STC 204/1994 llega, pues, a la conclusión de que la LO 4/1987 «proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar, incorporando, como se ha visto, específicas garantías al respecto». Pues bien, si

esto es así y la jurisdicción militar, cumpliendo lo dispuesto en el art. 117.5 CE, se ha adaptado legalmente a los principios constitucionales, carecería de sentido apartarla de la protección de las libertades y los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE, cuando esta protección se demande en el ámbito estrictamente castrense.

De cuanto llevamos expuesto se infiere que la regulación contenida en los arts. 534.3 y 518 no puede considerarse inconstitucional por la referencia que a los Tribunales ordinarios hace el art. 53.2 CE, toda vez que en dicha mención caben, dentro de la materia propia de su estricta competencia y sólo en ella, los Tribunales Militares a los que se refieren dichos preceptos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. GIMENO SENDRA A LA SENTENCIA DICTADA EN LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 1.650/1989, 2.049/1989, 2.117/1989 Y 2.224/1989, ACUMULADAS.

Como continuación del voto particular formulado conjuntamente por De la Vega y yo a la STC 204/1994, efectúo ahora éste a la presente sentencia que debió haber contenido un fallo interpretativo de los preceptos impugnados en la medida en que posibilitan que determinadas decisiones emanadas del Tribunal Militar Central o de los Tribunales Militares Territoriales y recaídas sobre pretensiones ordinarias de amparo no puedan ser revisadas por la Sala 5.ª del TS, único órgano jurisdiccional que, a mi parecer, ha de merecer el calificativo de «ordinario» a los efectos de tener por cumplidas las exigencias del art. 53.2 CE.

No ha sido ésta la tesis de la mayoría de este Tribunal, para quien (como se expone en el FJ 5.º) los Tribunales Militares son ordinarios por el solo hecho de que se integran en una jurisdicción reconocida por la CE, en su art. 117.5, el cual requiere el respeto a los principios previstos en ella y, de modo especial, la concurrencia de la independencia judicial.

A) Es cierto que la actual jurisdicción castrense, tras la promulgación de las LL.OO. 4/1987 y 2/1989, ha adquirido una gran dosis de independencia y que, dentro de ella, el estatuto jurídico del prestigioso Cuerpo de Jueces Togados Militares garantiza una auténtica inamovilidad judicial e independencia frente a la sociedad y las partes, pero personalmente mantengo serias dudas de que ostenten el grado de independencia judicial requerido por nuestra Ley fundamental para poder tutelar el libre ejercicio de los derechos fundamentales.

En efecto, cuando el constituyente en el art. 53.2 CE otorgó a los «Tribunales ordinarios» la primera palabra en la protección de los derechos fundamentales (y a este TC, la última), no sólo lo hizo para contraponerlos con este Tribunal a los efectos del recurso de amparo, tal como se afirma en esta sentencia, sino que ha consagrado dos exigencias, la una negativa y positiva la otra, a saber: a) que nunca más puedan las jurisdicciones especiales (como aconteció en el franquismo, sobre todo, con la legislación antiterrorista) conocer

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de los conflictos suscitados por los particulares relativos al libre ejercicio de los derechos fundamentales, y b) que, aun cuando los titulares de tales conflictos sean y versen sobre materias «aforadas», los órganos llamados a conocer de ellos habrán de revestir la cualidad de tribunales «ordinarios», integrados en el Poder Judicial.

A esta última conclusión se hace obligado llegar por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la utilización de aquel concepto por el art. 53.2 CE no es meramente descriptivo casual, ya que, si así fuera, habría empleado el término «Juzgados y Tribunales» (como sucede en los demás pasajes de la CE: arts. 117 y ss.), y, en segundo, y sobre todo, porque sólo puede merecer el carácter de Tribunal «ordinario» el predeterminado, no sólo por la Ley (art. 24.2), sino también por la propia CE. Ahora bien, lo que nuestra Ley Fundamental exige de los Tribunales ordinarios es que sus Magistrados sean «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley» (art. 117.1 CE), por lo que se hace necesario examinar la independencia de los Tribunales militares.

B) Como es sobradamente conocido, la nota distintiva de una jurisdicción especial, frente a la ordinaria o Poder Judicial, es la ausencia total o parcial de independencia judicial.

En el caso de la actual jurisdicción castrense «o es que aquella nota subjetiva de la jurisdicción esté totalmente ausente, pues sus integrantes son imparciales (y, así, pueden ser recusados), inamovibles e independientes frente a la sociedad e incluso a sus propios superiores; pero tampoco es menos cierto que no poseen el mismo grado de independencia judicial que sus colegas del Poder Judicial, los cuales gozan de un nuevo grado de independencia judicial, instaurado precisamente por la vigente CE de 1978: la independencia colectiva de la Magistratura o sistema de «autogobierno» del Poder Judicial, que la preserva frente a posibles injerencias de otros Poderes del Estado, y, de modo especial, del Poder Ejecutivo.

Pues bien, esta última característica de la moderna independencia judicial no concurre en los Tribunales militares, distintos a la Sala de casación; y, así, se observa que los Vocales Togados de los Tribunales militares son nombrados por el Ministro de Defensa (arts. 37.2, 47 y 54.2 LO 4/1987), que pueden ser separados de oficio por un simple ascenso (art. 66.2) o, al contrario, por una sanción o apertura de expediente (arts. 66.7 y 67.3 y 4), cuya potestad disciplinaria aparece compartida entre la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (art. 35) y el Ministro de Defensa o su mando natural (art. 32 LO 12/1985), pero en ningún caso por el auténtico órgano de Gobierno de la Jurisdicción, esto es, el Consejo General del Poder Judicial.

C) Esta independencia relativa de la jurisdicción militar, naturalmente la legitima para el conocimiento de los asuntos que le son propios (siempre que se ciña al «ámbito estrictamente castrense»), requerido por el art. 117.5), pues, dentro de esta especial relación de sujeción en la que se encuentra el funcionario militar, la CE expresamente autoriza a los Tribunales militares a entender de tales conflictos a fin de garantizar el cumplimiento de los fines que nuestras Fuerzas Armadas tienen encomendados.

Pero, cuando de lo que se trata es de conocer de la violación de algún derecho fundamental por un poder público contra un militar, esta pretensión de amparo sólo debiera ser conocida por un «Tribunal ordinario» y ello por una razón elemental, cual es la de que, tratándose de una vulneración cometida por la Administración Militar o Poder Ejecutivo, no puede encomendarse su defensa a Jueces que son nombrados, promovidos o sancionados por dicho Poder Ejecutivo, sino por los únicos tribunales, individual y colectivamente independientes: los Tribunales ordinarios, integrados material y formalmente en el Poder Judicial.

La anterior doctrina, por lo demás, ha sido, desde siempre, mantenida por TEDH, quien, a la hora de interpretar el concepto de la «autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales» a los efectos de conocer del *habeas corpus* del art. 5.3 Convenio Europeo de los Derechos Humanos, ha exigido no sólo que dicho órgano judicial sea imparcial, sino también «independiente del Poder Ejecutivo» (sentencias del TEDH, caso *Schieser,* de 4 dic. 1979; caso *Brincat,* de 26 nov. 1992; y específicamente en relación con la Jurisdicción Militar, caso *Van der Sluijs, Zuiderveld y Klappe,* de 22 may. 1984; caso *Duinhof y Duijf,* de 22 may. 1984; caso *Jong, Baljet y Van den Brink,* de 22 may. 1984).

Por esta razón, personalmente me parecería más respetuosa con lo dispuesto en los arts. 53.2, 24 y 117.1 CE una reforma de la Jurisdicción Militar que consagrara alguna de estas dos alternativas: a) el sometimiento de los Jueces Togados Militares al régimen de autogobierno, o b) la instauración de un medio de impugnación ordinario, ante el TS, frente a las resoluciones dictadas por los Tribunales Militares en los procesos de amparo, solución esta última que se cohonesta con lo dispuesto en el art. 53.2 CE, el cual no consagra la doble instancia, sino tan sólo que la pretensión de amparo sea conocida al menos por un auténtico Tribunal ordinario con anterioridad a acceder a este Tribunal, cualidad que tan sólo concurre, como ha quedado dicho, con la Sala 5.ª del TS.

Madrid, 7 jul. 1995.

VOTO PARTICULAR CONCORDANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. CRUZ VILLALÓN A LA SENTENCIA RECAÍDA EN LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD 1.650/1989 Y ACUMULADAS.

Lamento disentir de la fundamentación, no así del fallo, correspondiente a la sentencia dictada por el Pleno en las presentes cuestiones de inconstitucionalidad. Quisiera, sin embargo, evitar en lo posible el efecto, a veces calificado de «perverso», del voto particular en lo que pueda tener, o así se tome, de interpretación autorizada de la opinión de la mayoría. Las consideraciones que siguen, por tanto, no debieran verse ni como

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

necesariamente discordantes, ni como necesariamente excluidas de la fundamentación acordada por la mayoría, por más que puedan serlo, sino únicamente y en todo caso como fundamentación distinta de un mismo fallo.

La Sala que plantea la cuestión entiende, esencialmente, que la expresión «Tribunales ordinarios» contenida en el art. 53.2 CE no comprende a la jurisdicción militar, cuyos Tribunales no serían «ordinarios» en el sentido de dicho precepto. Para el Fiscal General del Estado, por el contrario, «tras la evolución legislativa iniciada conforme a las previsiones constitucionales, la jurisdicción militar, salvo aquello que define su especialidad y que justifica su existencia, goza de una total equiparación con la jurisdicción común u ordinaria». El Abogado del Estado, finalmente, sostiene que, en la economía del art. 53.2 CE, «Tribunales ordinarios» se contrapone fundamentalmente a TC, pero incluso, si no fuera así, nada impide al legislador la configuración de este «procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario» (art. 518 LO 2/1989), dado que el precepto constitucional invocado no incorporaría «una reserva de jurisdicción en sentido riguroso (pues la tutela de los derechos fundamentales protegidos en amparo corresponde también a la jurisdicción militar), sino, propiamente, como reserva de procedimiento, o quizá mejor, como reserva jurisdiccional procedimentalizada».

Ante todo, y comenzando acaso por lo más elemental, parece claro que la expresión «Tribunales ordinarios» del art. 53.2 CE pretende ahí primariamente contraponerse a la mucho más unívoca «TC» que le sigue; Tribunales ordinarios son, así, y sobre todo, los Tribunales distintos del TC. En este sentido, la fórmula «Tribunales competentes» hubiera sido seguramente desafortunada, en cuanto acaso tautológica.

La cuestión, sin embargo, no queda con ello resuelta, pues no es únicamente el art. 53.2 CE el que rige en esta materia. No son, por supuesto, Tribunales ordinarios en el sentido del art. 53.2 CE los Tribunales de excepción (art. 117.6 CE); están pura y simplemente prohibidos. ¿Y los Tribunales militares, los órganos de la jurisdicción militar?

La cuestión hay que plantearla también porque el Abogado del Estado parece sugerir, en último término, que el procedimiento previsto en el art. 518 LO 2/1989 y el del art. 53.2 CE no tienen que ser necesariamente excluyentes. Sin embargo, la caracterización contenida en el primer párrafo del art. 453 de dicha Ley como «único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia de disciplina militar» es expresiva de una voluntad de que sea la jurisdicción militar, y no otra, la que asuma también la dispensada en forma de un procedimiento preferente y sumario.

La salvedad al principio de unidad jurisdiccional contenida en el segundo inciso del art. 117.5 CE, la previsión de una «jurisdicción militar» con dos proyecciones marcadamente diferentes, el «ámbito estrictamente castrense» y «los supuestos de estado de sitio», supone una decisión en modo alguno irrelevante por parte del constituyente, sin que ello suponga restar importancia al mandato de que ello tenga lugar «de acuerdo con los principios de la CE». Es evidente, por de pronto, que el principio de unidad jurisdiccional se ve, cuando menos, relativizado. Y es evidente también que el citado mandato de regular la jurisdicción militar de acuerdo con dichos principios no fue comprendido como un mandato de equiparación orgánica y funcional a la jurisdicción ordinaria, so pena de vaciar el sentido de sus dos proyecciones más arriba señaladas. La salvedad del inciso segundo es la salvedad de una institución, la jurisdicción militar, que, si bien adaptada a la CE, hay que suponer que debe seguir siendo «reconocible» en el sentido de la STC 32/1981, FJ 3.º.

La LO 2/1981, como antes la LO 4/1987, han sido dictadas en el marco del mandato de adaptar a la CE la jurisdicción militar, sin por ello haberla asimilado a un orden jurisdiccional más. El resultado ha sido una jurisdicción que abarca fenómenos muy dispares, como son los que van de la Sala 5.ª del TS a la jurisdicción militar en tiempo de guerra (arts. 22 y ss., 157 y ss. LO 4/1987), y de los «procedimientos ordinarios militares» al «procedimiento sumarísimo» (arts. 129 y ss., 397 y ss. LO 2/1989).

En este contexto no es fácil, no es acaso posible, ni desde luego necesario, dar una respuesta al modo como la Sala de Sevilla plantea la cuestión, es decir, en términos generales, aunque sí sea factible, y obligada, la respuesta a la concreta duda de constitucionalidad. El punto de partida, como ocurre con frecuencia, debe ser el de lograr la máxima concordancia posible entre postulados constitucionales en alguna medida enfrentados. En la medida de lo posible debe atenderse al mandato general de una tutela pronta y efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los Tribunales ordinarios. Desde esta perspectiva el problema no es tanto el de si los órganos de la jurisdicción militar están o no capacitados para tutelar los derechos fundamentales (o el de si están vinculados o no a los mismos), lo que no debiera suscitar muchas dudas, cuanto el de hasta qué punto tiene sentido extender el alcance de la tutela especial prevista en la primera parte del art. 53.1 CE a una jurisdicción nacida con preocupaciones bastante distintas. Otra cosa es que, en cuanto ello tenga sentido, así se haga. El problema es, pues, el de cohonestar las que aparecen como dos posibles reservas de jurisdicción, la relativa a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.2 CE) y la relativa al ámbito estrictamente castrense (sin olvidar el estado de sitio). Es decir, si la primera excepciona a la segunda, si es a la inversa, o si depende.

No veo fácil, de entrada, reconocer un ámbito material de competencia a una jurisdicción sin al mismo tiempo confiarle algún grado de tutela de los citados derechos, en algunos casos es seguramente imposible; sería algo como lo que el Abogado del Estado ha calificado como una jurisdicción «claudicante». Una determinada atribución competencial arrastra, pues, una cierta *iurisdictio* sobre

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

los derechos y libertades. La consecuencia casi inevitable es que la previsión de la primera parte del art. 53.2 CE puede verse llamada (seguramente no siempre, pero sí en determinados supuestos) a ceder, por la propia naturaleza de la cosa, ante la previsión del art. 117.5, inciso segundo, CE. Lo cual no sería, por lo demás, el único caso (art. 42 LOTC). Porque lo que seguramente carece de lógica es el intento de incardinar a ultranza, y en todos los supuestos, procedimientos preferentes y sumarios de tutela de derechos en contextos en los que la sumariedad tiene otro sentido.

Ello no quiere decir que, en la medida en que la jurisdicción militar alcance, en algunas de sus manifestaciones, una configuración de garantías similares a las de los Tribunales ordinarios propiamente dichos (STC 204/94), no pueda ser entendido tal procedimiento como respuesta válida al mandato contenido en el art. 53.2 CE. En este sentido conviene ante todo advertir que el procedimiento en tela de juicio no pretende en modo alguno absorber la tutela especial de los derechos y libertades de los militares *in genere,* tratándose únicamente de adaptar a las exigencias del art. 53.2 CE el control jurisdiccional de la potestad sancionadora de las autoridades y mandos militares. Dicha adaptación, de otro lado, tiene una traducción orgánica de cierta relevancia, en la medida en que se dispone que, para la tratación y resolución de este recurso, los Tribunales militares se constituyan en la forma que determinan los arts. 41.3 y 51.3 LO 4/1987, es decir, por el Auditor Presidente y dos Vocales Togados (art. 518 *k,* LO 2/1989). En tales circunstancias, no puede afirmarse que los arts. 453.3 y 518 LO 4/1987, en cuanto, con exclusión de otros órdenes jurisdiccionales, confían a los Tribunales militares, en la composición de la letra k) de dicho último precepto, el control jurisdiccional de las sanciones impuestas por las autoridades y mandos militares, incluso cuando afecten a los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 CE, vulneren lo dispuesto en este precepto constitucional.

Madrid, 10 jul. 1995.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. VIVES ANTÓN A LA SENTENCIA RECAÍDA EN LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMS. 1.650/1989, 2.049/1989, 2.117/1989 Y 2.224/1989, ACUMULADAS.

Primero: Disiento respetuosamente del criterio de la mayoría, que estima conforme a la CE la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento del recurso de amparo judicial de los derechos fundamentales «*ex* art. 53.2 CE». La razón de ese disentimiento no se halla en si la jurisdicción militar reúne o no las garantías de imparcialidad exigibles a tenor del art. 24 CE, sino en que, en mi opinión, el conocimiento del recurso de amparo aludido excede el ámbito estrictamente castrense al que el art. 117.5 CE confina a dicha jurisdicción especial. En lo que sigue expondré, sucintamente, los fundamentos de mi disidencia.

Segundo: Para resolver la cuestión planteada es preciso determinar el significado del adjetivo «ordinarios» con el que el art. 53.2 califica a los Tribunales que han de entender del recurso de amparo judicial de los derechos fundamentales.

Pues bien, tal calificativo puede emplearse para excluir a los Tribunales que no sean ordinarios en el sentido del art. 24, para excluir a los Tribunales que no se hallen encuadrados en la jurisdicción ordinaria o, meramente, para excluir al TC.

En el sentido del art. 24, «ordinario» se opone a especial en el sentido de «extraordinario». Jueces y tribunales ordinarios serían, pues, aquellos que se hallasen rodeados de las garantías de imparcialidad necesarias según los criterios interpretativos del art. 24 CE. Quedarían excluidos los Jueces y Tribunales *ad hoc,* bien por las circunstancias de su nombramiento o por otras sobrevenidas. Pero la cuestión de si los Jueces y Tribunales militares son o no ordinarios en el sentido del art. 24, no puede afectar, a mi entender, a la atribucion competencial que efectúa la CE en el art. 53.2. Pues, dado que también la jurisdicción militar ha de atenerse a los principios constitucionales, el hecho de que, eventualmente, sus Jueces y Tribunales no reuniesen las garantías de imparcialidad *ex* art. 24, sería consecuencia de una regulación legal desafortunada, que cabría impugnar, independientemente, ante este Tribunal. Pero, al no formar parte de la estructura constitucional de la jurisdicción militar, no impediría la atribución abstracta de la competencia.

En otras palabras: cuando la CE atribuye la competencia, lo hace sobre la base de que todos los Jueces y Tribunales (también los integrados en la jurisdicción militar) han de ser ordinarios en el sentido del art. 24. Y si algunos, sea en el ámbito de la jurisdicción militar, sea en el de la común, no lo fuesen, habría que declarar la inconstitucionalidad de la regulación que los conformase de modo inconstitucional en el proceso oportuno; pero no alterar el orden abstracto de competencias, que es lo que se ventila aquí.

Tercero: La sentencia de la que disiento entiende que, en el art. 53.2, la expresión «ordinarios» tiene el sentido de excluir del amparo judicial previo a la jurisdicción constitucional. No parece, sin embargo, que ése sea el significado más congruente que pudiera atribuírsele en el contexto del art. 53, donde, al mencionarse expresamente al TC, la exclusión resultaría, en cualquier caso, innecesaria por obvia. De modo que, según la interpretación más plausible, el adjetivo «ordinarios» con que el art. 53.2 CE califica al amparo excluiría a los Tribunales que resulten «especiales», no por ser contrarios a las exigencias del art. 24, sino por hallarse integrados en una jurisdicción especial.

No obstante, aunque se admitiese la interpretación de la mayoría, quedaría por dilucidar la cuestión de si el calificativo de «ordinarios» puede atribuirse a los Tribunales militares que, según las normas legales impugnadas, han de enjuiciar el amparo, pues si dicho amparo queda fuera del ámbito estrictamente castrense a que se refiere el art. 117.5 CE, es claro que la ju-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

risdicción militar no se hallaría llamada a conocer de él, pese a que la CE, al configurarlo, no hubiese excluido atribuirlo a dicha jurisdicción especial. La exclusión no procedería, en tal caso, del art. 53, que establece el amparo judicial de los derechos fundamentales, sino del art. 117.5, que delimita el ámbito de la jurisdicción militar.

Cuarto: La determinación de cuál sea el ámbito estrictamente castrense a que la CE se refiere ha de partir de la naturaleza de la jurisdicción militar.

La jurisdicción militar se configura como una excepción al principio de unidad jurisdiccional y, en consecuencia, sus miembros no acceden a ella en las condiciones genéricas establecidas en la LOPJ. Todos, incluso los Jueces Togados, han de ser militares en activo (art. 65 LO 4/1987, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar). Esta peculiaridad la configura —y este Tribunal lo ha declarado en múltiples ocasiones— como una jurisdicción especial, pues una de las características definitorias de las jurisdicciones especiales consiste, precisamente, en que sus Jueces procedan de un determinado estamento o profesión, dentro del cual se supone cierta homogeneidad de creencias y actitudes, que representa una peculiaridad respecto de las creencias y actitudes del común de los ciudadanos. Si la CE ha ceñido el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente castrense es, quizás, porque entiende que, en ese ámbito, la diferencia aludida puede facilitar el enjuiciamiento de los problemas que se someten a la jurisdicción o, cuando menos, porque, pese a ella, en él, y siempre que no se salga de él, no existe un peligro grave de distorsión del enjuiciamiento.

Tras esa reflexión procede delimitar en qué consiste ese ámbito estrictamente castrense al que la CE se refiere. En un primer momento este Tribunal se atuvo a una concepción objetiva, atendiendo exclusivamente a la naturaleza militar del bien jurídico lesionado (STC 75/1982). Pero esta concepción, que otorgaba a la jurisdicción militar una proyección desmesurada, hubo de ser sustituida por otra, ya no sólo objetiva (esto es, anclada en la naturaleza del bien jurídico), sino también subjetiva (dependiente del carácter militar del sujeto) y funcional (dependiente de la naturaleza militar de los derechos y obligaciones en juego). Acogiendo esta última concepción, la STC 60/1991 afirma que «como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles,* por lo que la condición militar del sujeto al

que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense».

En consecuencia, el elemento clave para definir el ámbito estrictamente castrense son los derechos y obligaciones que corresponden al militar en cuanto militar.

Quinto: La sentencia de la que disiento entiende que nos hallamos dentro del ámbito estrictamente castrense, pues el amparo que se discute es solamente el que afecta al ejercicio de la potestad disciplinaria y, desde luego, nadie podría negar que la disciplina militar forma parte del núcleo «estrictamente castrense» que determina el ámbito constitucionalmente legítimo de las competencias de la jurisdicción especial militar. Pero el recurso que contemplamos no tiene por objeto la disciplina (que, como tal, se enjuicia en el contencioso ordinario), sino los derechos fundamentales. La disciplina sólo entra en consideración aquí como ocasión que puede dar lugar a las presuntas vulneraciones de tales derechos, sin que, en modo alguno, constituya el tema central del procedimiento.

Por consiguiente, lo que hay que dilucidar es si los derechos fundamentales se atribuyen al militar en tanto militar o si, por el contrario, se atribuyen al militar en tanto ciudadano.

En mi opinión, la respuesta a ese problema no ofrece dudas: pese a que el ejercicio de los derechos fundamentales se halla modulado por las diversas posiciones sociales y jurídicas que ocupan los individuos y pese a que, en el caso de los militares, esa modulación pueda ser más fuerte que en otros estamentos profesionales y sociales, lo cierto es que los derechos fundamentales se les atribuyen en cuanto ciudadanos y no en aras de su especialización profesional.

Una jurisdicción especial no puede, constitucionalmente hablando, conocer de un proceso que versa sobre los derechos fundamentales, esto es, de algo que es patrimonio de todos los ciudadanos (y de los aforados sólo en cuanto ciudadanos).

Sexto: Esta conclusión debería llevar derechamente a la declaración de que los arts. 453.3 y 518 LO 2/1989 son contrarios al art. 53.2 CE. Sin embargo, todavía pueden oponerse al razonamiento expuesto dos objeciones.

La primera partiría del hecho de que, en el ámbito del proceso penal, la jurisdicción militar sería la llamada a amparar en vía previa las lesiones de los derechos fundamentales. Por lo tanto —cabría decir— no se entiende bien cómo en unos casos sí puede conocer del amparo dicha jurisdicción y en otros no. A tal objeción cabría oponer que el objeto del proceso penal militar se halla delimitado por el delito y por la pena, y uno y otra forman, desde luego, parte del ámbito estrictamente castrense al que la CE se refiere. El proceso penal militar no es el proceso de amparo al que se refiere el art. 53.2 CE. En consecuencia, que la jurisdicción militar pueda, en dicho proceso, amparar respecto de las violaciones de derechos fundamentales que en él pudieran aducirse (y que son inseparables de la resolución de las cuestiones de fondo)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en nada pugna con el razonamiento antes desarrollado. La jurisdicción militar puede conocer con plena jurisdicción del proceso penal militar (que incluye, en ocasiones, ciertas actividades de amparo) porque la CE así lo establece y no puede conocer del proceso de amparo al que se refiere el art. 53.2 porque la CE lo veda. Pues si la CE atribuye a la jurisdicción militar un proceso (sea el penal militar, sea el contencioso ordinario contra las sanciones disciplinarias militares) ha de permitirle conocer de las infracciones de derechos fundamentales que en él se ventilen y, en su caso, repararlas; pero eso es muy distinto de atribuirle directamente el conocimiento de un proceso de amparo, cuyo objeto se halla delimitido por la vulneración de tales derechos. El objeto del proceso de amparo del art. 53.2 son los propios derechos fundamentales, en tanto resulten vulnerados. Que la vulneración tenga lugar en el ámbito castrense no determina que el objeto del proceso se integre «estrictamente» en dicho ámbito.

Dicho de otro modo: los Tribunales que resuelven el proceso penal militar, o el contencioso ordinario sobre los actos dimanantes del ejercicio del poder disciplinario «dicen el derecho» de la potestad sancionadora (aunque resuelvan sobre la incidencia que en él tienen los derechos fundamentales); en cambio, los que resuelven el proceso de amparo judicial previsto en el art. 53.2 CE «dicen el derecho» de los derechos fundamentales, aunque, en este caso, lo hagan sólo para determinar si, a consecuencia de la disciplina, resultan o no vulnerados. Esta distinta perspectiva formal hace que los supuestos no puedan asimilarse y obliga a entender, en el caso del proceso de amparo, que su atribución a la jurisdicción militar pugna con el ámbito que el art. 117.5 CE le asigna.

La segunda objeción que pudiera oponerse al razonamiento expuesto partiría de la propia jurisprudencia de este Tribunal y, en particular, de algunas de las sentencias que han resuelto el problema de si en determinados casos el *habeas corpus* corresponde al juez ordinario o al juez militar.

No voy a analizar aquí la doctrina sentada en esas resoluciones, pues una vez definido el ámbito estrictamente castrense en los términos expuestos, sólo procede aplicar esa definición a los casos particulares. Si no siempre se ha hecho así en tema de *habeas corpus,* eso no comporta otra conclusión que la de que se ha sentado una doctrina que resulta obligado cambiar.

A tenor de todo lo expuesto, creo, pues, que debería haberse procedido, estimando las cuestiones planteadas, a declarar la inconstitucionalidad de los arts. 453.1 y 518 LO 2/1989.

Madrid, 10 jul. 1995.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA INTERVENCIÓN DE ALGÚN MIEMBRO DEL TRIBUNAL EN ACTUACIONES PROCESALES ANTERIORES DIRECTAMENTE RELACIONADAS CON LA INSTRUCCIÓN O CON LA ACUSACIÓN NO IMPLICA PARCIALIDAD SUBJETIVA.

STS Sala 2.ª de 10 de julio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoctavo: El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías asegura, entre otros, el derecho a la imparcialidad del juzgador, íntimamente unido en el ámbito penal a la preservación del principio acusatorio que ha de mantenerse como distinto de la pura función juzgadora.

La imparcialidad del Juez ha de considerarse sinónima de independencia y, a la vez, de competencia, tal puede deducirse de los arts. 10 Declaración Universal, 6.1 Convenio de Roma y 14 Pacto Internacional de Nueva York. El derecho pues a un Juez imparcial, aun no citado expresamente por el art. 24 CE, constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado democrático y de derecho (TC SS 12 jul. y 26 sep. 1988 y 24 ene. 1989).

La tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo ante el TC tiene carácter subsidiario, o de último reducto, pero su tutela efectiva es facultad y deber de los órganos jurisdiccionales y muy especialmente del TS. De ahí que ahora no puedan eludirse las consideraciones que siguen (TC SS 10 nov. 1987 y 2 nov. 1988).

La imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios y parcialidades. Mas esa imparcialidad ha de ser subjetiva y objetiva. Porque los Jueces y Magistrados han de acercarse a la causa sin prevenciones ni prejuicios, bien por su relación con las partes intervinientes, bien por su relación con el proceso propiamente dicho. En este sentido han sido más estudiadas las circunstancias que objetivamente quebrantan tal imparcialidad (haber sido Instructor o acusador, haber intervenido en cualquier otra instancia del proceso o haber tenido cualquier otra previa relación con el mismo), no obstante lo cual, unas y otras, objetivas y subjetivas, se contienen en el art. 219 LOPJ.

En cualquier caso es una cuestión altamente delicada porque la ecuanimidad y la ponderación han de propiciar la mayor cautela cuando se trata de denuncias contra la imparcialidad, aducidas con excesiva ligereza o con intereses bastardos preconcebidos. No en balde el mismo TEDH (S 23 jun. 1981, caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere*) tiene declarado que la imparcialidad ha de ser presumida mientras no se demuestre lo contrario.

La exigencia de imparcialidad guarda entonces directa relación con la obligación de abstención en un caso, o con el derecho a recusar en otro, de acuerdo con lo establecido en los arts. 217 al 228 de la citada Ley Orgánica, también los arts. 52 al 71 LECrim. (ver TC SS 16 y 27 may. 1993). Aquella

ponderación antes referida obliga a matizar que el derecho a exigir la imparcialidad o el derecho a la recusación no debe ser utilizado torcidamente con el fin exclusivo de paralizar el procedimiento (ver S 24 abr. 1956). El A 20 abr. 1993 del Pleno del TS constituido en Sala Especial del art. 61 LOPJ, advierte sobre la utilización reprobable y desviada que se hace del derecho a recusar, que no es un derecho a recurrir, con la finalidad exclusiva de verter insidiosas conjeturas y burdas desfiguraciones de la realidad «que tendrían su mejor acomodo en el marco de una irresponsable charla de café», lo cual nada significa contra el instituto procesal de la recusación como orientado a ese Juez imparcial, a su vez comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías, tal se afirmó más arriba.

El motivo se ha de desestimar. Por la forma con que viene expuesto y por el contenido del mismo. Todo ello en referencia a los límites estrictos del motivo, que para nada ha planteado ahora problema alguno de recusación (art. 228 de la Ley Orgánica antes dicha), si bien no puede desconocerse la conexión entre la imparcialidad del Juez, objetiva y subjetiva, de un lado, y la recusación o la abstención, de otro (S 31 ene. 1995). Ahora no concurren circunstancias serias y razonables que permitan hablar de parcialidad subjetiva, de persona a persona, o de vulneración de normas constitucionales por haber intervenido algún miembro del Tribunal de la instancia en actuaciones procesales anteriores directamente relacionadas con la instrucción o con acusación. En las actuaciones sólo consta, debida y profusamente documentado, el incidente de recusación tramitado respecto de dos de los Magistrados del Tribunal Superior que ahora condenó al recurrente, incidente concluido por A 2 mar. 1994 por el que la Sala Especial del art. 77 LOPJ, constituida por 5 Magistrados del TSJ Cantabria, acordó por unanimidad la desestimación de la recusación solicitada por el acusado, al que, además de las costas causadas, se le impuso una multa de 100.000 ptas. «por apreciación de mala fe». En dicho incidente están detalladamente relacionados los cargos, las imputaciones, las falacias o los improperios. Los Jueces ya rechazaron las alegaciones que desde las dos perspectivas, subjetiva y objetiva, se habían formulado por el acusado. Únicamente apreciaron, en todo caso, o una enemistad hacia los Magistrados o hacia su Presidente, o bien un propósito deliberado de provocar lo que hasta ese momento no existía. Las alegaciones hechas, en lo subjetivo y objetivo, rezuman un estilo de mal gusto cuando menos, de ahí las justas expresiones antes dichas del auto del TS. Como su contexto se desenvuelve ya en el entorno de lo extrajurídico, quedan fuera de estas argumentaciones de Derecho cualesquiera otras consideraciones.

Lo sustancialmente trascendente aquí es que, de acuerdo con la sentencia del TEDH de 6 dic. 1988 (caso *Barberá* y otros), «los miembros del Tribunal, al desempeñar sus funciones no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el acto de que se trata».

VOTO PARTICULAR QUE, DE CONFORMIDAD CON EL ART. 260 LOPJ, FORMULA EL MAGISTRADO SR. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ.

Segundo: A la luz de los textos internacionales mencinados y de la doctrina del TEDH y del propio TC ha de examinarse el *thema decidendi* aportado a la censura casacional, pero antes tiene que proclamar este Magistrado en su voto disidente que no alberga reserva frente al Tribunal de instancia que, sin duda alguna al respecto, habrá tratado de actuar, como siempre, con equilibrio, independencia, objetividad y serenidad, o lo que es lo mismo con imparcialidad. Así lo acredita también la motivación de la sentencia en su pormenorizado examen de las numerosas cuestiones en ella debatidas.

Lo que tiene que averiguar esta Sala de casación es si para el acusado, luego condenado y ahora recurrente, dados los presupuestos fácticos existentes, aparecería el órgano *a quo* como imparcial, o por el contrario el Tribunal de instancia como *suspectus.*

La Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ Cantabria, como todos los órganos judiciales de igual clase, está formada por el Presidente de dicho Tribunal, que lo será asimismo de tal Sala, «con la consideración de Magistrado del TS mientras desempeñe el cargo» (art. 72 LOPJ) y uno de los componentes de dicha Sala (en el caso de ser dos, o dos en el caso de ser cuatro) es nombrado, a propuesta en terna de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma, en la forma prevista por el art. 330 LOPJ (art. 13.2 L 38/1988 de 28 dic., de Demarcación y Planta Judicial). El otro Magistrado se nombra entre los peticionarios que ostente la categoría al que ocupe mejor puesto en el escalafón —art. 330.1 LOPJ—.

El acusado y recurrente Juan H.C. recusa al Presidente de tal Tribunal y al Magistrado designado por la Asamblea legislativa, pero no al Magistrado de originaria y genuina procedencia judicial que, por cierto, formuló un voto particular disidente de la condenatoria sentencia *a quo,* estimando que la disp. derog. 3.ª CE presenta virtualidad suficiente ante lo proclamado en el art. 125 de dicho texto fundamental: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular», que supone una total incompatibilidad con el art. 47 LRJAE (TR 26 jul. 1957).

No pretende ahora este Voto Particular polemizar con tal hermenéutica, por tan sólo los Diputados y Senadores ostentan requisito de procedibilidad (art. 71.2 CE), no los demás. Por otra parte, el art. 20 EA Cantabria (LO 8/1981 de 30 dic.) atribuye precisamente al Tribunal Superior decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio del Presidente en relación a los presuntos actos delictivos cometidos por él y los demás miembros del Consejo de Gobierno dentro del territorio de la región.

Tercero: Entiende el recurrente que el Sr. Presidente del Tribunal Superior que le ha juzgado le guarda un profundo desafecto, aunque lo oculta y disimula en la intimidad para no provocar la recusación por causa de manifiesta enemistad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Aduce, en primer lugar, la polémica que tanto él como su Consejo de Gobierno mantienen con la esposa del Sr. Movilla, Elisa P., y que ello se debió a que el Gobierno regional precedente convocó dos plazas de biólogos cuando tan sólo faltaban unos días para el cese de tal Gobierno presidido por Jaime B.

Lo cierto es que meses antes de ser juzgado el impugnante por los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, Juan H. denunció públicamente a dicha señora de haberse beneficiado de una contratación ilegal en la propia Administración Autonómica y añadió que pensaba anular tal contrato. Así apareció en diversos periódicos, no sólo de la región, sino más alejados, como «La V.». El Jefe del Ejecutivo cántabro criticó duramente la forma cómo se adjudicaron algunos de tales puestos y puso un solo ejemplo: la contratación como técnico de pesca de Elisa P., tras una oposición convocada por el «Gobierno de gestión» del socialista Jaime B. Ello determinó que la directamente aludida publicara una carta de réplica en la que recordaba que, si bien se convocó durante el mandato de Jaime B., la adjudicación se produjo siendo ya Presidente Juan H.C. Ello no impidió la polémica en la prensa donde el recurrente le reprochaba en su contestación «que había llegado al colmo del cinismo» *(sic)* y que la contratación era nula de pleno derecho. Pero mientras el Abogado de la acusación, Sr. Huerta, reaccionó, atribuyendo las declaraciones de Juan H.C. a una estrategia que perseguía como fin único recusar al esposo, éste declaraba de forma contundente que «por mucho que diga de mi esposa, no pienso abstenerme de esta causa».

Pero, sin embargo, no ha podido estar tan al margen de la polémica, como ha pretendido. En un diario de 23 dic. 1993, el Presidente del Tribunal calificó de «vergonzosas» *(sic)* las acusaciones de Juan H.C., al poner en duda la independencia de los jueces, añadiendo que «revelan una catadura moral que yo no desearía para un presidente de una Comunidad Autónoma» *(sic)*.

Si a esto se añade que Elisa P. también se despachó como quiso, tras exponer las oportunas puntualizaciones sobre su correcto nombramiento, no dudando al referirse al acusado que «la libre designación es la única vía que él practica».

No va a descender este Voto Particular a los argumentos en favor o en contra de unas tesis contradictorias, pero sí destacar esta cuestión como una pública y grave controversia que no puede menos de afectar al Presidente del órgano de instancia y a su imparcialidad y a las razonables sospechas que se formulen al respecto.

Otro punto de la recusación consiste en la amistad íntima del recusado con el acusador, Miguel Ángel R. Aduce el recusante que han tenido, al menos, tres reuniones privadas para comer juntos. La cuestión reviste una destacadísima gravedad. Si ello es cierto, debió determinar la inmediata abstención del Presidente recusado y, en otro caso, haber denunciado la falsedad de los hechos. Pero la sospecha presenta una virtualidad trascendente.

Asimismo, en un diario de la región, de ene. 1994, se aludía a un brindis del Presidente del Tribunal y de Jaime B., que se atribuyó por el recusado a la despedida de un Magistrado y a que el encuentro con el citado Jaime B. fue fortuito. Poniéndose, por el contrario, el acento por el recusante a que tal brindis se debió a la designación como Senador del PSOE y la victoria de este partido en las elecciones generales. En una palabra, que se reprocha al Magistrado reunirse con el líder de un partido distinto y oponente al de Juan H.C. en público y brindar por el éxito de tal Grupo Político. Cierto que en un Estado democrático avanzado nadie puede cuestionar la libertad ideológica —art. 16.1 CE— y mucho más en opciones legítimas y democráticas pero, tratándose de un juez y de su imparcialidad, explicitar *oportune et inoportune* sus ideas políticas, tiene que sumarse, como un dato indiciario más, a cuanto aquí se expresa. Las ideas políticas, respetables, dignas y legítimas del Presidente del Tribunal que ha juzgado a Juan H.C. y a su Gobierno, no necesitan extraerse de una cita concreta, pues las ha explicitado y proclamado *coram populo* en los medios de comunicación desde su entrada en los cargos de gobierno de los Tribunales de Justicia, a los que arribó desde su originaria carrera Fiscal por haber superado unas pruebas en unas oposiciones a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A todo ello se une algo no alegado expresamente en el incidente de recusación, pero puesto de relieve por los diferentes medios, especialmente de prensa, y es el dato de que Presidente y Fiscal de tal Tribunal Superior están casados con dos hermanas y ello presenta también incidencia en este tema, al tratarse de una acusación popular, exenta de la exigencia de fianza durante largo tiempo o en toda la causa, su composición y finalidad política y el abandono ya en la etapa del recurso casacional, no habiendo comparecido a la vista ante esta Sala.

Se trata de hechos notorios y como tales exonerados de acreditamiento y lo que se cuestiona aquí no es la ideología, ni las afinidades o preferencias políticas, totalmente legítimas, sino su exagerada ostentación, su frecuente proclamación y si ello en una Comunidad Autónoma pequeña en extensión y habitantes puede cuestionar su imparcialidad, y si el justiciable, sumando diversos datos puede poner razonablemente en duda su imparcialidad y objetividad y convertir en jueces sospechosos a dos de sus juzgadores.

Éste es en síntesis el *thema decidendi,* previo a la sentencia.

Cuarto: Recusa también el acusado al Magistrado Sr. García-Oliva Pérez, si bien éste también fue recusado dos años antes, en un específico incidente de tal clase referido exclusivamente al mismo. Entonces se reprochaba a tal recusado no reunir los requisitos objetivos necesarios para la mentalidad del justiciable, por su adscripción ideológica y su pertenencia a un partido durante varios años en los que participó activamente en la vida política de Cantabria y nacional, desarrollando labores de oposición al Gobierno municipal presidido por Juan H.C.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tal recusación fue desestimada por un Tribunal presidido por el Sr. Movilla. No se cuestiona su razonamiento y su fundamentación y tan sólo se hace consignación de tal dato, como otro más a tener en cuenta.

Cierto que en una sociedad verdaderamente democrática la pertenencia a un partido distinto no puede ni debe nunca convertir en enemigo, sino en mero adversario (político) y dentro de la relatividad de las discrepancias coyunturales que ello implica, pero también debe consignarse que en el apasionamiento propio de los españoles y cuando el Magistrado juzgador ha sido muy ejerciente en una actividad política activa contraria al justiciable, no dejan de ser posibles y aun razonables las sospechas, las dudas y las reticencias.

El Magistrado en cuestión accedió a tal condición y cargo a través de su presentación en terna por la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma, pero el recurrente sostiene que tal proposición fue motivada por su pertenencia a un determinado partido político y a su actividad en tal militancia, primero como Concejal en el Ayuntamiento de Santander, después como Diputado en la Asamblea Regional y, por último, como Senador en más de una legislatura, servicios políticos éstos prestados con fidelidad y más relevantes que su prestigio jurídico, que no cuestiona el recurrente, y como el proceso en que ha sido condenado éste rezuma intereses políticos, debió abstenerse el recusado de intervenir como juez en la causa.

Aduce, además, que ya en la censura política ejercitada por el Sr. García-Oliva Pérez cuando era Concejal del citado partido, en la corporación municipal de la capitalidad cántabra, sostuvo, al igual que ocurre en esta causa, posibles corruptelas y obstaculización de la actuación de los restantes grupos políticos en la actuación del acusado, Juan H.C.

Finalmente, el recusado, Sr. García-Oliva Pérez, declaraba a un periódico de Cantabria, siendo ya Magistrado del TSJ, que «los Jueces que manifiestan ser apolíticos son en realidad de derechas», con lo que, no sólo proclamaba a los cuatro vientos sus ideas políticas, sino que criticaba a los que no hacían tal y se dedicaban cada día a la tarea exclusiva de su función jurisdiccional, motejándolos no sólo de derechas, lo que en definitiva suponía una mera opción política, sino una implícita calificación de hipocresía o tartufismo a los discrepantes de sus respetables planteamientos.

No le duelen prendas a este Magistrado, disidente del fallo de sus compañeros, manifestar que, sin perjuicio de proclamar la honorabilidad e independencia del recusado, este nombramiento de un Magistrado y su adscripción a la Sala de lo Civil y de lo Penal de un TSJ *in aeternum,* hasta la jubilación o cese, en terna formulada por la Asamblea Autonómica y designado por el Consejo General del Poder Judicial, tiene que llevar a una politización de los Tribunales y cuando este órgano de Gobierno de Jueces y Magistrados es designado por cuotas del poder parlamentario y mayoritariamente monocolor, puede hacer dudar de la imparcialidad del designado, especialmente con relación a determinadas causas cargadas de

contenido y colorido político, como la que ahora se enjuicia.

En todo caso, y si bien tal moción de censura no convierte al Magistrado en acusador, en el sentido del art. 219.6 LOPJ, estima este Voto Particular que nada le hubiera impedido su abstención, pues en este tema de la imparcialidad ocurre, como decía César de su propia esposa, que no es suficiente la honradez, sino precisa asimismo su apariencia. No sólo se debe ser imparcial, sino de cara a la sociedad y sobre todo al justiciable, parecerlo también.

Ningún detalle resulta prevalente, pero al igual que ocurre en los supuestos de prueba indiciaria, todos sumados y cuando resultan convergentes, producen una visión distorsionada, de apariencia sospechosa, que permite al justiciable dudar razonablemente de la imparcialidad de sus juzgadores.

Nada hubiera impedido a Presidente y Magistrado de tanto protagonismo regional, haberse abstenido en el asunto. No se trata ahora en pretender encajar las quejas del recusante en alguno de los números del art. 219 LOPJ o en el art. 54 LECrim., pero sí proclamar que, después de promulgada la CE, tales preceptos no deben interpretarse cicateramente, sino a la luz de la doctrina del TEDH para examinar el requisito de la compatibilidad relativa, que afecta a un asunto determinado, porque tal exigencia de imparcialidad se incluye por el TC en el derecho a un proceso con todas las garantías —S 12 jul. 1988—.

Estima este Voto Particular que falta el presupuesto procesal de la jurisdicción imparcial, lo que comporta respecto a Juan H.C. una clara vulneración de sus derechos fundamentales.

El orden social es competente para el conocimiento de las pretensiones sobre responsabilidad por asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social.

STS Sala 4.ª de 10 de julio de 1995.

Fundamentos de derecho

Tercero: 1. Lo que acepta la sentencia recurrida equivale a sostener en definitiva que la L 30/1992, en contra de la reserva que en favor de la LPL, art. 2, proclama su disp. adic. 6.ª, ha modificado lo que se dispone en el art. 9.5 LOPJ y en el propio art. 2 LPL.

2. El art. 9 LOPJ ha establecido el marco competencial básico de cada orden jurisdiccional. Ha definido la jurisdicción de cada una de sus ramas y lo ha hecho de forma genérica y a veces repetida y tautológica; pero después de dejar claro que los distintos Juzgados y Tribunales «ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley».

El art. 117.3 CE instituye una reserva legal que exige, en esta materia de atribución de competencias, la ley formal. Más aún: como dice la TC S 224/1993 de 1 jul.,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hay aquí una reserva reforzada instituida por el art. 81.2 CE, la de la LOPJ, indisponible para el legislador ordinario, de modo que la ley ordinaria «no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica». Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán —art. 9.5— «de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de S.S...». Ni siquiera dispone la atribución de competencias para el orden social en lo referente a prestaciones de la S.S.; sino de las «reclamaciones en materia de S.S.», que son exactamente los términos empleados por el art. 2 b) LPL, al que se remite la disp. adic. 6.ª L 30/1992.

Es admisible que la Ley ordinaria —dice la sentencia constitucional citada— concrete las materias específicas que tengan cabida en la definición efectuada *in abstracto* por el legislador orgánico, produciéndose «una colaboración entre ambas formas normativas —Ley Orgánica y Ley ordinaria—, que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícito» (sentencia 224/1993, que se remite a la S 137/1986); pero siempre resta verificar el grado de acomodo de una en otra. En definitiva, no se puede sustraer del orden social de la jurisdicción, vulnerando lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica, una materia que según ésta corresponde al conocimiento del orden social. Se trata, como queda dicho, de una reclamación en materia de S.S. que versa sobre el incumplimiento, o el cumplimiento, en su caso, de una prestación de la S.S.; servicio público estatal, jurisdiccionalmente parcelado para el orden social por el art. 9.5 referido.

Cuarto: 1. Pero no es la L 30/1992, como ya se ha dicho repetidamente y en contra de lo que se sostiene en la sentencia recurrida, la que se ha alzado del mandato contenido en el art. 9.5 LOPJ. De conformidad con la Ley Orgánica y con su desarrollo procesal contenido en el art. 2 LPL, establece en su disp. adic. 6.ª que en materia de impugnación de los actos de la S.S. —«reclamaciones en materia de S.S.», en la dicción del art. 9.5 LOPJ— habrá de estarse a «los términos previstos en el art. 2» de la citada Ley Procesal, en favor de la que hace una remisión literal y expresa.

2. Hay, sobre esta materia, una norma concreta que atribuye la competencia al orden contencioso-administrativo; es la disp. adic. 1.ª RD 429/1993 de 26 marz., según el que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la S.S., sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y la contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento». El art. 2.2. de la Ley, que invoca dicha disp. adic. 6.ª, lo que hace es delimitar el ámbito de aplicación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la Ley, esto es qué se entiende por Administraciones Públicas (la General del Estado, la de las Comunidades Autónomas y la de las Entidades que integran la Administración Local, así como las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia). Pero a renglón seguido advierte que estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley «cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». Como se ve, deja a salvo la singularidad prestacional de una Entidad Gestora de la S.S., que cubre una prestación de la S.S. (disp. adic. 6.ª).

El mencionado RD 429/1993 es inoperante, en el sentido en que se extralimita y excede de su condición de Reglamento y se atribuye competencias en contra de la Ley. El Reglamento vulnera el principio de legalidad (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ) en lo concerniente a la asistencia sanitaria incluida en el repertorio prestacional de la S.S., aunque pueda estar ajustado en la actividad sanitaria del Sistema Nacional de la Salud.

Quinto: 1. Como queda dicho, la pretensión interpuesta contiene una petición derivada de la prestación de asistencia sanitaria defectuosamente realizada por la Entidad Gestora de la S.S. El título fundamento o razón de la petición que se formula está en la prestación de asistencia sanitaria, comprendida en la acción protectora del sistema, referida, entre otros, en los arts. 38, 41, 57 y 126 LSS 1994 y en sus correspondientes de igual Ley de 1974. El art. 9.5 LOPJ incardina esta pretensión y la atribuye al orden social de la jurisdicción.

2. Frente a la unidad jurisdiccional que se pretende con alcance a esta materia, con atribución común del conocimiento al orden contencioso-administrativo, debe repetirse aquí la indicación ya hecha de que no se está ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

3. Para desvirtuar y eludir la regla tradicional que residencia en el orden social el conocimiento de esta reclamación derivada de la responsabilidad producida por la prestación defectuosamente realizada, se argumenta la inexistencia de una base normativa de reconocimiento de dicha responsabilidad a la Administración de la S.S. Como dijo la sentencia de esta Sala de 24 abr. 1990, exigir las consecuencias de la prestación asistencial insuficiente, como exigir la prestación misma o como pedir el reintegro de los gastos ocasionados por la utilización de los servicios ajenos a la S.S. (art. 102 LSS, vigente por mandato expreso de la disp. derog. LSS 1994 al hallarse incluido en el Cap. IV Tít. II de aquélla; y art. 18 D 2.766/1967 de 16 nov.) son acciones comprendidas en el desarrollo de la acción protectora del sistema. Dividir los tres miembros del planteamiento indicado para escoger uno y excluir otro resulta artificial, pues si cabe exigir la prestación toda ante su incumplimiento total y hasta reclamar lo gastado por la negativa a la asistencia, no debe deducirse que el incumplimiento parcial o erróneo escapen del mismo marco prestacional. Ésta es, además, la solución que domina en el mismo

planteamiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, situada en el ámbito de las lesiones resarcibles e imputables a que se refieren los arts. 139 L 30/1992, 40 LRJAE y 3 b) LJCA. No hay razón para sostener que la aquí analizada carece de basamento normativo. En la teoría de la responsabilidad administrativa subsisten los principios comunes a la teoría general de la responsabilidad, en que se da una lesión antijurídica e indemnizable, porque el sujeto que la sufre no tiene el deber de soportarla.

En definitiva, de todo lo razonado procede reiterar que el fundamento o título de la indemnización que se reclama no está situado en la responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento de un servicio público, sino en el contenido mismo de la prestación de asistencia sanitaria; y esto está legalmente atribuido al orden jurisdiccional social.

Sexto: El planteamiento de esta materia ha llevado a soluciones de diversidad que ha hecho decir a alguna sentencia de este TS que se daba, respecto de lo civil, lo social y lo contencioso-administrativo un «lamentable peregrinaje jurisdiccional» (TS 1.ª SS 5 jul. 1983 y 1 jul. 1986, citadas por los autos de la Sala de Conflictos de competencia de este Tribunal de 7 jul. y 27 oct. 1994; y TS 4.ª S 24 abr. 1990, que descubre la frecuente postura de la Entidad Gestora responsable que deduce el exceso en el ejercicio de la jurisdicción social o civil, según se ventile el proceso en los órganos jurisdiccionales de uno u otro orden, por entender que el conocimiento viene atribuido al orden jurisdiccional opuesto). Pero para superar esta dificultad acaso hubiera sido preciso que el Tribunal dispusiera de una Sala de composición mixta y con un número paritario de miembros procedentes de las tres distintas Salas del Tribunal, donde hubiera podido debatirse y resolverse definitivamente estas cuestiones, con carácter de generalidad sin daño a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de certeza del Derecho.

Esta Sala ha dictado multitud de sentencias sosteniendo la doctrina de la competencia del orden social para el conocimiento de la materia que aquí se ventila. Son prueba de esa línea jurisprudencial, entre otras, las SS 20 nov. 1982, 25 sep. 1985, 6 oct., 12 y 15 dic. 1989, 5 abr. 1990 (*a sensu contrario,* en que la responsabilidad que se reclamaba a la Administración no era una responsabilidad de prestación de la S.S.), 24 abr. 1990, 5 jun. 1991, 10 feb., 20 abr. y 6 may. 1992, 21 abr. 1993). La comentada L 30/1992 no ha alterado las reglas de atribución de la competencia y, consiguientemente, la Sala ha de mantener su doctrina tan reiterada.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. MARTÍN VALVERDE, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS SRES. DESDENTADO BONETE, VARELA AUTRAN, GIL SUÁREZ Y ÁLVAREZ CRUZ A LA S 10 JUL. 1995.

Con el respeto debido, discrepamos de la posición mayoritaria de la Sala, que considera competente

al orden jurisdiccional social para entender de las reclamaciones por asistencia sanitaria defectuosa de la S.S. Los firmantes de este voto particular han sostenido en la deliberación y votación del presente caso que la competencia jurisdiccional en la materia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En síntesis, los pasos que conducen a tal conclusión son los siguientes: 1) la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa no es una prestación de la S.S., y la acción resarcitoria consiguiente no es por tanto, desde el punto de vista jurídico-procesal, una reclamación «en materia de S.S.» (arts. 9.5 LOPJ y 2 *b* LPL); 2) el procedimiento encaminado a reconocer la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa culmina en un acto o resolución que debe calificarse, a los mismos efectos procesales, como «acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo» (arts. 9.4 LOPJ y 3 *a* LPL), y 3) el principio de unidad jurisdiccional, que es la «base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117.5 CE), debe inclinar en casos de disparidad interpretativa como el presente a la búsqueda, si la hay, de una referencia de doctrina legal unitaria; en esta cuestión litigiosa dicha doctrina legal unitaria está contenida en el auto de la Sala de conflictos del TS de 7 jul. 1994, que ha considerado en un supuesto sustancialmente igual al ahora resuelto que la competencia jurisdiccional corresponde al orden contencioso-administrativo.

Primero: La raíz de la controversia interpretativa se encuentra en el caso enjuiciado en la tensión existente, en las reclamaciones de S.S., entre los títulos competenciales del orden social y del orden contencioso-administrativo, tal como están formulados en los arts. 9 LOPJ y 2 b) y 3 a) LPL; el título competencial del orden social se define por razón del objeto («en materia de S.S»), mientras que el título competencial del orden contencioso-administrativo se define por la condición de las personas («actos de las Administraciones Públicas»). Buscando el punto de conexión jurisdiccional en la causa originaria o «causa de la causa», la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa daría lugar, con un criterio objetivo amplísimo, a un litigio en materia de S.S.; desde el punto de vista subjetivo, en cambio, es indudable que la resolución administrativa que deniega el reconocimiento de dicha indemnización debe ser calificada como un acto de una Administración Pública.

Para resolver la tensión reseñada entre uno y otro título competencial el legislador proporciona un criterio de asignación de atribuciones jurisdiccionales, que es el de la rama o sector del ordenamiento que regula el punto litigioso. Si se trata de pretensión promovida «dentro de la rama social del Derecho» su conocimiento corresponde al orden social (art. 1 LPL); si se trata de pretensión sobre un acto de la Administración Pública «sujeto al derecho administrativo» el enjuiciamiento se atribuye al orden contencioso-administrativo. La concreción de este criterio en el ámbito de la S.S. ha dado lugar a doctrina jurisprudencial consolidada de esta Sala de lo Social del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tribunal según la cual la competencia de esta jurisdicción se extiende a la acción protectora o actividad prestacional de la Administración de la S.S. Así pues, una de las claves de la decisión del caso enjuiciado es si la indemnización por prestación sanitaria defectuosa puede calificarse o no como una prestación de la S.S. Nuestra respuesta, ya adelantada y que vamos a desarrollar a continuación, es la negativa.

Segundo: La acción protectora o actividad prestacional del sistema de la S.S. comprende, en los términos de la legislación vigente, cinco clases de prestaciones, que son «a) la asistencia sanitaria»; «b) la recuperación profesional»; «c) prestaciones económicas» de incapacidad temporal, invalidez, desempleo y muerte y supervivencia»; «d) prestaciones familiares», y «e) las prestaciones de servicios sociales» (art. 38 LSS en su actual redacción —LSS 1994—, sustancialmente idéntica a la del art. 20 de la redacción anterior —LSS 1974—). Por su parte, la asistencia sanitaria de la S.S. es configurada en el sistema español de S.S. como una prestación en especie, o más exactamente como un conjunto de prestaciones en especie, que sólo en casos excepcionales tasados puede dar lugar a su sustitución por el equivalente pecuniario del reembolso de gastos médicos (arts. 103, 105 y 108 LSS, que mantienen vigencia en virtud de la disposición derogatoria de la LSS).

En el concepto legal de «prestación de S.S.» se incluyen por tanto con seguridad las prestaciones sanitarias en especie. Y se incluyen también los supuestos de prestaciones de reembolso de gastos médicos, supuestos que en nuestro sistema de S.S. son excepcionales, pero que en otros países e incluso entre nosotros en algunos regímenes de previsión social, pueden ser el modo normal de dispensar la prestación de asistencia sanitaria (sistema llamado de «pago por tercero» o *tiers payant*). Lo que, a nuestro juicio no tiene cabida en el concepto de prestación de S.S., por mucho que éste se quiera dilatar, es la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa, que no se menciona para nada en la legislación de S.S., y cuyas reclamaciones se acogen expresamente a los arts. 139 y ss. LRJAP.

En efecto, una cosa es el equivalente pecuniario o reembolso de gastos de una prestación en especie, que satisface el derecho a la asistencia sanitaria mediante restitución patrimonial, y otra cosa distinta es el resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. En este segundo ya no es posible la prestación de asistencia sanitaria, ni en forma de prestación directa en especie, ni en forma de prestación en metálico restitutoria; lo único que cabe es una genérica compensación indemnizatoria, que tiene su causa no en la recuperación de la salud, ya perdida o disminuida inevitablemente como consecuencia de defecto en la actividad asistencial, sino en el hecho de que tal asistencia no se prestara en su momento en las condiciones requeridas. Esta indemnización supone una protección resarcitoria del daño causado, pero no una protección restitutoria del bien jurídico lesionado.

En el terreno de la interpretación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gramatical la conclusión anterior tiene aún más fuerza, a la vista del tenor literal del ya citado art. 38 LSS 1994 (art. 20 LSS 1974) que contiene la enumeración arriba reproducida de las cinco clases de prestaciones de S.S. El párr. 2.º de esta disposición prescribe, con virtualidad a nuestro juicio indudable para la resolución del presente caso, que «la acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen general y de los Regímenes especiales de la S.S.» (arts. 38.2 LSS 1994 y 20.2 LSS 1974).

Tercero: La exclusión para la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa de la calificación de prestación de S.S. aconseja descartar para la reclamación de la misma la vía del orden social de la jurisdicción. El paso siguiente y definitivo del razonamiento debe ser la comprobación de que dicha acción resarcitoria debe ser encauzada hacia el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Para tal comprobación conviene tener en cuenta los tres siguientes datos normativos: 1) la asistencia sanitaria de la S.S. se presta bajo la responsabilidad de entidades que tienen carácter de Administraciones públicas (art. 2.2 L 30/1992); 2) en la legislación administrativa vigente, los arts. 139 a 144 L 30/1992 regulan las líneas generales de un procedimiento administrativo para la reclamación de indemnizaciones a la Administración pública por lesiones de bienes o derechos de los particulares que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y 3) este procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuya regulación reglamentaria ha correspondido al RD 429/1993 de 26 mar., culmina con una resolución administrativa, dictada «por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros... o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las entidades que integran la Administración local» (art. 142.2 L 30/1992), que «pone fin a la vía administrativa».

Es obvio a la vista de lo anterior que la resolución administrativa que se pronuncia sobre la reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa es un acto de Administración pública sometido al Derecho administrativo. Y es evidente también, a juicio de los firmantes de este voto, que el procedimiento diseñado en la L 30/1992, por la identidad de los órganos de la Administración que en él pueden intervenir («Ministro», «Consejo de Ministros», órganos correspondientes de entidades territoriales) y por la propia terminología empleada («fin de la vía administrativa»), no es un procedimiento que pueda ser asimilado a la vía previa a la acción de reclamación de prestaciones de S.S. En fin, late en la L 30/1992, de manera implícita pero con claridad, que la resolución con que termina este procedimiento puede ser impugnada ante un solo orden jurisdiccional y no ante dos o más órganos de jurisdicciones distintas.

Así las cosas, la conclusión que se impone es que el único orden jurisdiccional competente para conocer de la cuestión enjuiciada es el contencioso-administrativo.

Cuarto: Como ya se ha dicho, el auto de la Sala de conflictos del TS de 7 jul. 1994 ha resuelto un litigio sustancialmente igual al presente en el sentido de asignar la competencia para la reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Los firmantes de este voto particular reconocen que el formato de las resoluciones que resuelven conflictos de competencia no es el adecuado para fijar jurisprudencia en las cuestiones interpretativas de que pueden conocer diferentes órdenes jurisdiccionales. Ello no quiere decir que no haya de atenderse la doctrina legal establecida en estas resoluciones; sobre todo en supuestos como el presente en que la falta de un criterio uniforme da lugar, como ha señalado la Sala 1.ª del TS, a un «lamentable peregrinaje jurisdiccional» (SS 5 jul. 1983 y 1 jul. 1986), al que la propia L 30/1992 ha decidido poner fin. En tanto se pone en práctica un medio jurisdiccional adecuado de unificación de la jurisprudencia de las distintas Salas del TS en las materias de decisión coincidente, los autos de la Sala de Conflictos deben constituir una referencia doctrinal de la que no cabe apartarse más que por causas muy justificadas y en circunstancias excepcionales; y por todo lo ya dicho, para quienes suscriben este voto, tales causas y circunstancias no concurren en el caso enjuiciado.

Madrid, 10 jul. 1995.

NO ES CAUSA DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN EL HABER CONOCIDO DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL INSTRUCTOR.

STS Sala 2.ª de 3 de noviembre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto: El motivo quinto se interpone por infracción de ley y al amparo del art. 849.1 LECrim., denunciando la violación de derechos fundamentales, tales el art. 5.1 LOPJ en relación con el art. 24.1 y 2 CE. Y ello al haber sido juzgado el recurrente por un Tribunal afectado por causa de abstención para conocer y sentenciar, y con independencia de las formalidades previstas en el art. 851.6 LECrim., de haberse elegido la vía del quebrantamiento de forma que no obstan a la apreciación que el propio Tribunal debiera haber hecho sobre su abstención. La «abstención» de los Jueces y Magistrados, así como su «recusación» no son sino las dos caras o momentos diversos de una institución presidida por el propósito de que quienes integran los Tribunales de Justicia se hallen a salvo de cualesquiera circunstancias capaces de perturbar su equilibrio intelectual o emocional. De ahí el doble fundamento que se le reconoce. Básicamente conjurar todo riesgo de que la noble y delicada función de juzgar pueda verse empañada por la interferencia de sentimientos o pasiones capaces de turbar el ánimo del Juez —su condición humana pudiera llevarle a ello—, aun de modo inconsciente,

privándole o restándole aquella serenidad de juicio y objetividad y neutralidad decisorias, tan necesarias para que su dictado no tenga otros condicionamientos que la justicia y la realización de la ley. A su vez, y aunque la fortaleza espiritual del Juez pueda constituir garantía de su preservación, la eliminación de toda sospecha o recelo por justiciables y, en general, por el medio social, no es razón baladí para que, en determinados casos, el magistrado se anticipe con su abstención o el interesado promueva su recusación, haciendo paso a otro profesional cuyas condiciones de objetividad o imparcialidad no sean susceptibles de ser puestas en entredicho. El ejercicio del derecho arbitrado, en su caso, por la Ley —arts. 218, 219 y 223 LOPJ— opera como mecanismo de defensa procesal y, en definitiva, su planteamiento y el correspondiente eco que lleva a la tramitación del impuesto incidente, constituyen una manifestación y cualificada realización del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Si suscitada la cuestión de posible presencia de alguna de las causas de abstención enumeradas en el art. 219 LOPJ, no fuese subseguida de la abstención del Juez o Magistrado —art. 221—, por no estimarlo procedente, queda abierto el cauce procesal de la recusación, cuidadosamente ordenado en la Ley.

El TC ha puesto de manifiesto el entronque del derecho a un Juez imparcial con los derechos fundamentales. El derecho a un Juez imparcial constituye una garantía que, aunque no se cita expresamente en el art. 24.2 CE, debe considerarse incluido entre ellas, ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho (S 138/1991 de 20 jun.). La imparcialidad del Juez excede el ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes para erigirse en una auténtica garantía en la que se pude poner en juego nada menos que la *auctoritas* o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia. En el ámbito de la imparcialidad objetiva incluso las apariencias pueden revestir importancia, lo que ha de determinar que todo Juez del que pueda dudarse de su imparcialidad deba abstenerse de conocer del asunto o pueda ser recusado (S 60/1995 de 17 mar.).

Séptimo: La propia LOPJ pone de relieve en el Cap. V Libro III que intitula «De la abstención y recusación», esa simbiosis o íntima relación entre la «profiláctica» o preservadora primera medida a adoptar antelativamente por el Juez, y la «terapéutica», por iniciativa de parte, instando el apartamiento del Magistrado del conocimiento del caso en aras de garantizar al máximo la imparcialidad, neutralidad y objetividad del órgano decisorio. Compendiosamente dispone el art. 217 LOPJ que «los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal». Los arts. 54 y 55 LECrim., con distinta sistemática, se hallan en idéntica línea. Cual expone la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sentencia de esta Sala de 4 oct. 1982, en materia de abstenciones y recusaciones de Jueces y Magistrados, son 3 las resoluciones que pueden adoptarse: a) la de la propia abstención o inhibición del Juez o Magistrado a instancia de parte o por su iniciativa al entenderse incurso en alguna de las causas de recusación previstas en la Ley; b) la de rechazar de plano el trámite de la recusación cuando es propuesta por quien no es parte en el proceso, y por incumplimiento de los requisitos de tiempo y forma establecidos en los arts. 56 y 57 LECrim. —TC S 12 jul. 1982—, y c) la admisión a trámite, con formación de pieza separada y observancia de las previsiones legales correspondientes. El art. 223 LOPJ se corresponde con aludidos preceptos, quedando perfectamente claro que, mediando conocimiento de la parte acerca de la concurrencia de determinada causa de recusación, y siendo dicho conocimiento anterior al «pleito», habrá de proponerse al inicio del mismo, y en la esfera penal antes del comienzo del juicio oral. La observancia de antedichas normas deviene ineludible, a su través se plasma la normativización de principios y derechos del más alto rango constitucional. Pero el que se opte por su denuncia en la vía casacional escogida no puede servir de pretexto para eludir las normas generales sobre recusación. La regulación específica de la recusación constituye, a su vez, garantía de que el excepcional uso de la misma, por su fundabilidad y temporaneidad, no degenere en abusiva maniobra teñida de fraude procesal. Ello ha sido resaltado por la jurisprudencia del TC y de esta Sala. Así, por cita de alguna, la sentencia del TC 138/1881 de 20 jun. pone de manifiesto que el recurrente no intentó oportunamente la recusación de los Magistrados, proposición de recusación que debió realizarse «tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde», como manda el art. 223.1 LOPJ. La sentencia censura la conducta del demandante de amparo que tuvo muy distintas ocasiones de hacer valer su derecho fundamental y, en cambio, no lo hizo hasta que recayó una sentencia condenatoria, descubriendo entonces la existencia de este derecho al interponer recurso de casación, momento procesal que ya era a todas luces intempestivo.

Es precisamente lo que la sentencia de instancia acusa al consignar que se aludió sorpresivamente en el acto del informe a la falta de imparcialidad del Tribunal. Nunca antes se había dicho nada sobre el particular que, por tanto, aparece como cuestión nueva, con infracción de los principios de lealtad y buena fe procesal; añadiendo justamente la Sala que el hecho de resolver las peticiones sobre la libertad y sobre la admisión o no de pruebas no afecta a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

Octavo: En cualquier caso la improsperabilidad del motivo es manifiesta ya que, con independencia del incumplimiento de requisitos formales —el recurrente no ha suscitado en la instancia el tema de la recusación—, no puede hablarse de «contaminación»

de la Sala sentenciadora ni de su Presidente, dado que a ninguno de los Magistrados se acusa de haber realizado actos propios de instrucción, ya que no son tales las resoluciones dictadas por la Audiencia resolviendo recursos de queja o peticiones de libertad, dictando autos sobre admisión de pruebas, etc. Esta Sala tiene declarado que no pueden calificarse como actos de instrucción, llevados a cabo por el Tribunal, ni por ninguno de sus miembros, el hecho de haber conocido de los recursos interpuestos contra las resoluciones del instructor. La procedencia de la correspondiente abstención tiene su fundamento o razón de ser en eliminar la posible prevención que el Instructor haya podido adquirir como consecuencia de la lucha —aunque loable, por tratar de descubrir la verdad de lo que es objeto de investigación— para tratar de vencer todo aquello que se oponga al fin perseguido, de manera que la razón de ser de la recusación es el excluir al Juez, no porque sea parcial, sino para eliminar toda sospecha de que pudiera llegar a serlo *(iudex suspectus)* y que de alguna manera pueda empañar la recta aplicación del Derecho inherente a la función de juzgar, circunstancias que en absoluto pueden concurrir en quienes se hallan llamados, como miembros del correspondiente órgano jurisdiccional colegiado, a conocer jurisdiccionalmente de los hechos objeto de enjuiciamiento, bien con carácter definitivo dictando la procedente sentencia o bien conociendo de los recursos interpuestos (S 24 sep. 1991).

Con razón se subraya que es la investigación directa de los hechos, en función manifiestamente inquisitiva, la que puede suscitar en el instructor prejuicios o prevenciones sobre el acusado de eventual influencia al momento de juzgar y sentenciar, lo que ha de excluirse en el supuesto de intervención del Magistrado, en sede de Tribunal de la Audiencia, tomando parte en la resolución de recursos. Y aun respecto a la primera actividad no basta constatar —cual subraya la TC S 137/1992 de 13 oct., con cita de la 55/1990—, que el Juez sentenciador hubiese realizado, como efectivamente realizó, actos de naturaleza instructora, 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. Idea que también late en TC SS 106/1989, 151/1991, 136/1992, 170 y 320/1993.

Por unas y otras razones se impone la desestimación del motivo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. LAS PARTES

ACUSADO QUE PRESTA DECLARACIÓN PRIVADO DEL ABOGADO POR ÉL ELEGIDO.

STS Sala 2.ª de 10 de marzo de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Se plantea otro motivo de este recurso, con base en el art. 5.4 LOPJ, para denunciar infracciones constitucionales que se refieren a los contenidos de los arts. 1, 9, 17, 24 aps. 1 y 2, 25 y 53 CE. En la cita de esos preceptos tan sólo se explica que la infracción de los arts. 24 aps. 1 y 2 y 25 CE se refiere a que designó abogado y no pudo utilizarlo para su defensa.

La única infracción constitucional que se explicita, junto a las que hace con la simple cita, sin expresar relación con el caso, de preceptos constitucionales, algunos de carácter muy amplio como los de los arts. 1 y 24 CE, es la referente a la no permisión de utilización del abogado designado por el acusado. Y, en efecto, el párr. 2 art. 24 CE garantiza el derecho a la asistencia y a la defensa de letrado y el 17.3 CE garantiza a todo detenido la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales. Pero este último precepto añade que la asistencia se hará en la forma en que la ley establezca.

En el caso presente, el acusado que no quiso declarar ante la policía lo hizo asistido de abogado de oficio en el JI el 24 jul. 1991, y en esa declaración y posteriormente, el 26 del mismo mes, designó letrado de su elección, el cual, a su vez, manifestó en la misma fecha aceptar ser el letrado defensor del acusado, del que en el mismo 26 de julio se acordó la prisión comunicada. Ello no obstante no se le permitió valerse de su letrado en una declaración posterior el 9 de agosto siguiente. La explicación de tal impedimento parece se debió a que entre el 24 jul. y el 9 ago. 1991 se mantuvo por el JI secreto el sumario, porque, posteriormente al 9 de agosto el letrado designado actuó en todo momento en defensa de su cliente. La declaración de secreto del sumario para las partes no debe determinar que éstas no puedan ser asistidas de letrado de su elección para realizar peticiones y en las declaraciones a que esas partes son sometidas aunque no pueden utilizarse para conocer lo actuado en el mismo sumario. Esta privación de la asistencia de letrado de su elección está sólo prevista (art. 527 LECrim.) para el detenido o preso que se halle incomunicado. El acusado en este caso fue objeto de prisión comunicada el 26 jul. 1991, tras prestar su primera declaración y debió permitírsele gozar de la asistencia de su letrado desde entonces, aunque no pudiera conocer lo actuado en el sumario, por lo cual ha de estimarse nula la declaración prestada asistido de letrado designado de oficio el 9 ago. 1991, sin embargo el contenido de lo que en esa declaración se refería a cuestiones sobre su situación económica y a la vivienda y vehículos que tenía, pero no a los hechos mismos objeto de la causa instruida, sobre las que declaró ampliamente en la vista oral celebrada en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción con lo que el Tribunal de instancia contó, además de con otras pruebas testificales y documentales, con las manifestaciones propias del mismo acusado para dictar un fallo condenatorio. El principio de «conservación del acto» que se establece normativamente en el art. 242 LOPJ y que permite que las actuaciones irregulares y que hayan producido indefensión en la fase instructoria del proceso no tengan de ordinario más alcance que el de su nulidad autónoma y que no debe alcanzar a la de otras actuaciones procesales (SS 8 oct. y 4 dic. 1992). Tal es así en este caso en el que el contenido de la declaración del acusado viciada de nulidad por la indefensión en que al hacerla se encontraba al estar privado de la asistencia del letrado que había designado, no tenía reflejo ni relación con el tema básico de dilucidar si había cometido o no el delito cuya comisión le era atribuida, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo.

LA COMPARECENCIA DEL DEUDOR SUBSANA LA CITACIÓN DEFECTUOSA DE ÉSTE.

STS Sala 1.ª de 7 de abril de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El problema que vuelve a plantearse en el motivo objeto de estudio es el mismo que pusieron de relieve las sentencias de instancia como el fundamental litigioso, esto es, el determinar si por el modo en que se realizó la notificación prevenida en el inciso final de la regla 7.ª del art. 131 LH, estaría viciado de nulidad el procedimiento judicial sumario, y aunque dicho procedimiento especial se encuentra regulado específicamente en la citada Ley, la mención que se hace en el motivo, respecto a determinados preceptos de la LEC, sobre quebrantamiento del modo en que se efectuó la meritada notificación con su posible incidencia en la nulidad de aquél, ello tal vez hubiera determinado que el motivo debiera haberse incardinado en el ordinal 3.º del art. 1.692 de la Ley procesal. Dejando a un lado el particular a que se acaba de hacer referencia, es lo cierto que a tenor del propio texto de la mencionada regla 7.ª, en su inciso final, la persona que tenía que ser receptora de la notificación era el deudor, y dado que el mismo compareció en las actuaciones para solicitar la entrega del resto del precio rematado, presupuesto éste fáctico que aparece recogido en la sentencia recurrida y que ha quedado incólume, resulta no menos cierto que tal comparecencia produjo la subsanación de la inicial notificación defectuosa

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(omisión del Secretario de dar fe del contenido del sobre remitido), toda vez que el párr. 2.º del rituario art. 279 establece que «cuando la persona notificada, citada o emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo a las disposiciones de la Ley». En el orden de cosas expresado, es de tener en cuenta, además, que los arts. 238.3 y 240.1 LOPJ requieren, al igual que lo hacen los arts. 1.692.3 y 1.693 LEC, la concurrencia de una efectiva indefensión para que tenga lugar la nulidad de los actos procesales practicados con ausencia de los requisitos indispensables prevenidos legalmente, factor el indicado que no es posible apreciar en la señora recurrente en razón a no haber inscrito a su tiempo en el Registro de la Propiedad su correspondiente título adquisitivo, ya que, al respecto, el hipotecario art. 32 establece la falta de perjuicio par tercero en relación con los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro, con lo cual es evidente que el perjuicio que hubiera sufrido dicha señora sólo a ella podría atribuirse, pues de haber actuado de otro modo la existencia del procedimiento se le hubiera notificado en aras de lo dispuesto en las reglas 3.ª y 5.ª del art. 131. Así pues, las consideraciones que anteceden, que abundan en los razonamientos contenidos en los considerandos segundo y tercero de la sentencia recurrida, determinan la claudicación del motivo estudiado ante la imposibilidad de imputar al Tribunal *a quo* las infracciones denunciadas en el mismo.

Limitaciones del derecho a la asistencia letrada para los presos incomunicados.

STS Sala 2.ª de 24 de marzo de 1995.

Fundamentos de derecho

Primero: Se introduce el motivo inicial del recurso, al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 11.1 LOPJ en relación con los arts. 520 y 520 bis LECrim. y los arts. 17, 24, 55.2 y 120 CE. Estiman los recurrentes vulnerados sus derechos al haberse: 1) decretado su incomunicación inicial y la prórroga por 48 h más de sus detenciones policiales mediante autos en los que no se utilizó una verdadera motivación que es exigible por razones de seguridad jurídica; 2) se les impuso un letrado de oficio durante la incomunicación, y 3) se les sometió a malos tratos como medio de obtener declaraciones autoinculpatorias, todo lo cual determina, en su opinión, la invalidez de las pruebas así obtenidas de acuerdo con el art. 11.1 LOPJ.

Ciertamente si las pruebas en virtud de las cuales se ha de dictar la resolución del proceso se hubieran obtenido mediante violaciones de derechos o libertades fundamentales carecerán de efectos según establece el art. 11.1 LOPJ. Entre esos derechos fundamentales se recogen en la CE el derecho a la libertad, de la cual nadie puede ser privado más que con observancia del propio artículo de la CE que establece ese derecho y en los casos y forma previstos en la Ley (art. 17.1 CE), el derecho a la asistencia de letrado al detenido y al acusado, tanto en las diligencias policiales como en las judiciales, en los términos que la Ley establezca (arts. 17.3 y 24.2 CE), y la proscripción del sometimiento de cualquier persona y en cualquier caso a tortura (art. 15 CE).

La motivación de las resoluciones judiciales viene determinada por la vigencia de los principios de un Estado de Derecho, en el que es preciso que las decisiones tomadas por los jueces sean razonadas de tal manera que se excluya la arbitrariedad en su adopción, explicándose mediante los razonamientos precisos en qué forma se aplican las normas vigentes al caso concreto, de tal modo que se produzca así una efectiva tutela judicial de las personas a quienes la resolución afecte y posibilitando igualmente la continuación de esa efectiva tutela mediante la posibilidad de que, en vía de recurso, otros jueces puedan conocer y valorar la razonabilidad, la sumisión a las normas vigentes y la falta de arbitrariedad con que debió obrar el que en primer lugar tuvo que resolver aplicando normas jurídicas a un caso concreto. Esta forma de operar viene exigida en el texto constitucional, señaladamente mediante la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), la consagración del derecho de todos a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1), la sumisión de los jueces exclusivamente a la Ley (art. 117.1) y la necesidad de motivar las sentencias (art. 120.3), y completado con el precepto de la LECrim. (art. 141) de que los autos sean fundados (TS SS 31 ene., 15 may., 18 jun., 4 y 17 dic. 1992, 7 jul. y 10 oct. 1993, 8 jul. y 1 oct. 1994). Pero la motivación de las resoluciones judiciales no es preciso que tenga gran extensión ni que contenga exhaustivos razonamientos, bastando con que, aunque sea sucinta, exprese los elementos básicos a través de los que se pueda observar el *iter* lógico seguido y comprobarse cómo se ha dado cumplimiento a la efectiva tutela judicial a la persona a quien la resolución afecte (SS 31 may. y 11 jun. 1993 y 31 may. 1994).

En el caso aquí considerado la derogación, para los detenidos por supuestos delitos relacionados con bandas armadas, de la limitación temporal de esa detención mediante una prórroga por 48 h más, y el acuerdo de su incomunicación, posibilidades ambas contempladas legalmente, exigía el pronunciamiento por la autoridad judicial competente de resoluciones motivadas. Lo fueron con oportunidad temporal mediante autos en los que la expresión de los fundamentos de Derecho estaba ya en fórmula impresa pero en los que se hizo expresión concreta de las personas afectadas, de cuyas circunstancias y de las de su detención habían sido objeto detalladas comunicaciones dirigidas por las fuerzas policiales a la autoridad judicial, que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

al dictar los correspondientes autos decretando la incomunicación y la prórroga de la detención los tuvo en cuenta para aplicar las normas de Derecho al caso concreto de los detenidos y las expresiones utilizadas en las resoluciones acordando la prórroga por 48 h de la detención y la incomunicación de los mismos contaron por tanto con la suficiente motivación referida al caso concreto.

La asistencia de letrado a toda persona está establecida en el art. 24.2 CE y garantizada al detenido, tanto en las diligencias policiales como judiciales, judiciales en el 17.3 de la misma, además de en convenios internacionales que, al haber sido ratificados por España, constituyen parte del ordenamiento interno (art. 96 CE), como son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.3 d), y el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6.3 *c*). El art. 118 LECrim. afirma el derecho a la defensa de toda persona a quien se imputa un acto punible mediante la designación de letrado por los mismos imputados y, en defecto de designación, de oficio, y la misma Ley procesal en su art. 520.2 c) recoge el derecho de todo detenido o preso a designar abogado y a solicitar su presencia en todas las diligencias policiales y judiciales de declaración y en los reconocimientos de identidad de que sean objeto. La jurisprudencia constitucional ha señalado la necesidad de extremar las cautelas para que el derecho de defensa no sea meramente formal y la asistencia letrada sea real y efectiva (S 162/1993 y 91/1994), al igual que lo han señalado resoluciones del TEDH (SS 9 oct. 1979 en el caso Airey, 13 mar. 1980 en el caso Artico y 25 abr. 1993 en el caso Pakelli). Pero la expresión del art. 17.3 CE añade que la asistencia letrada al detenido se realizará en los términos que la Ley establezca. Y, al respecto, el art. 527 LECrim., en redacción introducida por la LO 14/1993, limita el derecho del detenido o preso incomunicado en el sentido de que, en todo caso, su abogado sea designado de oficio mientras dure la incomunicación. La limitación pretende conciliar la libertad del inculpado a la elección de abogado con el aseguramiento de la eficacia de la investigación de los hechos, y constituye una excepción a los principios constitucionales y a la misma jurisprudencia constitucional y del TEDH, lo que determina que debe reducirse hasta el límite máximo posible todo cuanto permite y justifica la incomunicación. En este sentido la imposibilidad de valerse de letrado designado por el inculpado que determina el precepto del art. 527 LECrim. ha sido declarado acorde con la CE en las TC SS 196/1987 de 11 dic. y 60/1988 de 8 abr. En este caso la limitación a valerse de letrado de su elección se limitó al período de incomunicación de los recurrentes, limitación con apoyo legal en el mencionado art. 527 LECrim., pero desde sus declaraciones del día 23 nov. 1990, en las que manifestaron designar a letrado, ya fueron asistidos por éste y, por lo tanto, no se constata infracción alguna de sus derechos a valerse de letrados de su elección.

En cuanto a las alegadas torturas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no hay prueba de su existencia. El acusado José Ángel U.Z. en su primera declaración, asistido de letrado, afirma haber recibido algún puñetazo de la policía, pero al ser asistido por médico-forense el mismo día (23 de noviembre) no refiere malos tratos físicos ni desea ser reconocido. Los otros dos acusados, Ángel María L.P. y Luis Francisco G.L., sí presentaban lesiones después de ser detenidos, pero el primero de los dos se causó heridas con motivo de su intento de escapar ante la inminencia de su detención, que le determinó a saltar, primero desde el piso en que estaba al inferior para penetrar, en el cual rompió el cristal de una ventana, y luego desde el piso inferior al situado inmediatamente más abajo del inmueble donde estaba, y el otro inculpado, que presentaba hematoma palpebral y contusión en el pómulo izquierdo, hubo de ser reducido con empleo de violencia física ante su resistencia, por lo que no puede afirmarse que las lesiones que sufría fueran resultado de torturas sobre su persona y no de la violencia que fue preciso utilizar para reducirle en el momento de la detención.

En definitiva, no se observan en el caso violaciones de los derechos y libertades fundamentales de los encausados que determinen la falta de validez de las pruebas por aplicación del art. 11.1 LOPJ.

El motivo debe ser desestimado.

Segundo: Al amparo del art. 849.1 LECrim. se introduce el segundo motivo del recurso para denunciar infracción de lo establecido en los arts. 545 y ss., en especial el 569 LECrim. en relación con los arts. 18.2 y 24.2 CE. Afirman los recurrentes que no puede darse por cierto el contenido del acto del registro efectuado en el domicilio donde se encontraban al ser detenidos, refiriendo existir un desacuerdo entre lo que han manifestado diferentes policías, estimando, además, que no pueden afirmarse la validez de las fotografías tomadas, ni los subsiguientes informes de balística efectuados sobre las armas que se dicen encontradas durante el registro.

La redacción dada al art. 553 LECrim. por la LO 4/1988 permite la realización de registros domiciliarios con ocasión de las detenciones que, de propia autoridad, autoriza a realizar a los agentes de policía en los casos de delitos relacionados con bandas armadas, con lo cual se establece una excepción en esos casos de las reglas generales establecidas en los precedentes arts. 545 y 550, de no poderse entrar en el domicilio de españoles o extranjeros residentes sin el consentimiento de los mismos, o, a falta de consentimiento, por orden judicial que conste en auto motivado. Pero esa excepción del art. 553 LECrim. no señala que se pueda prescindir también, en la realización del registro, de la presencia del interesado o persona que legítimamente le represente que impone el art. 569 de la misma Ley de procedimientos. La ausencia del interesado, que se encuentra detenido, en el momento de realización del registro, según reiteradamente ha señalado la doctrina de esta Sala, determina la nulidad absoluta, radical e insubsanable de la prueba practicada, porque todo imputado tiene derecho a ejercitar sus derechos de defensa y,

consiguientemente, a hacer efectiva la posibilidad de contracción judicial (SS 17 ene., 7 jul., 22 sep. y 10 oct. 1994). En el presente caso se había procedido a la detención de dos de los inculpados inmediatamente antes de que por las mismas fuerzas de policía que les detuvieron se procediera a practicar un registro en el piso en que los detenidos habían habitado durante varias semanas precedentes, y en el que tenían sus pertenencias, a pesar de lo cual no se les ofreció la posibilidad de estar presentes en el registro, que se realizó por dos de los policías actuantes y con la presencia de dos testigos requeridos al efecto, vecinos del mismo inmueble. Se privó así a los dos inculpados ya detenidos de la posibilidad de contradecir de forma efectiva el desarrollo de la operación en la que se hizo constar la aparición de unas pistolas, lo que ha servido de base para sus condenas por delito de tenencia ilícita de armas. El registro así efectuado ha de reputarse nulo y su resultancia ineficaz como elemento de prueba de acuerdo con lo establecido en los arts. 238.3 y 11.1 LOPJ.

El motivo debe ser estimado.

VALORACIÓN Y CRITERIOS DE APRECIACIÓN DE LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO EN SU ACTUACIÓN PROFESIONAL CONSISTENTE EN NO PERSONARSE EN UN RECURSO DE DIFÍCIL PROSPERABILIDAD.

SAP Oviedo Sala 5.ª de 19 de junio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Sustenta el actor su pretensión en el siguiente relato de hechos: En el año 1992 D. Gabriel G.M. promovió ante el JPI núm. 6 de Gijón el juicio de menor cuantía 82/1992, en reclamación de una indemnización de 16.795.000 ptas. por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente laboral, proceso en el que estuvo representado por la Procuradora D.ª M.ª Dolores A.A. y defendido por el Letrado D. Jorge G.A. La litis finalizó por sentencia desestimatoria de la pretensión actora al acoger la juzgadora la excepción de prescripción. Contra esta resolución interpuso el actor recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, siendo emplazados los representantes de ambos litigantes para que en el término de 10 días las partes comparecieran ante la AP Oviedo. Toda vez que el personamiento no se efectuó en la Secc. 1.ª de esta Audiencia mediante A 4 dic. 1992 declaró desierto el recurso.

Con base en este relato ejercita el actor una acción de responsabilidad civil frente al Letrado y a la Procuradora que respectivamente lo defendieron y representaron en el citado de menor cuantía 82/1992, así como frente a sus Compañías Aseguradoras. La juzgadora *a quo* rechazó la pretensión indemnizatoria del demandante, al estimar que a D.ª M.ª Dolores A.A. no cabía imputarle negligencia alguna, y en cuanto a D. Jorge G.A., si bien la falta de personación ante la Audiencia le era imputable por no haber impartido las instrucciones adecuadas que hubieran permitido que cualquiera de los dos Procuradores designados en el poder y colegiados en Oviedo pudieron haberse personado para sostener el recurso, no obstante ello le absuelve al concluir que su actuar negligente no se ha acreditado le produjera a D. Gabriel G.M. un daño efectivo, al desconocerse el resultado que se podía haber obtenido con el recurso. Finalmente la juzgadora *a quo* acogió la reconvención formulada por la Procuradora D.ª M.ª Dolores A.A. quien solicitó la condena de D. Gabriel G.M. a abonarle el importe de los derechos que aún no le había satisfecho por su actuación en el proceso 82/1992.

A la vista de las alegaciones de las partes resulta claro que el problema a dilucidar radica en determinar sobre quién gravitaba la obligación de comunicar a uno de los Procuradores en Oviedo designados en el poder que se personara ante la Audiencia. En este punto el actor imputa tal obligación a ambos demandados —Letrado y Procurador—. Por su parte D. Jorge G.A. sostiene que él como Letrado no puede personarse en tanto que no es representante, debiendo a su juicio corresponderle la designación al cliente D. Gabriel G.M. o a la Procuradora D.ª M.ª Dolores A.A. Finalmente la Procuradora citada mantiene que su función de representación finaliza con la notificación del emplazamiento efectuada al Letrado y al cliente.

Centrados así los términos del debate, estima la Sala que ninguna responsabilidad cabe imputar a la Procuradora, quien en todo momento cumplió el cometido que la LEC en su art. 5 le encomienda, y así de autos se infiere que en todo momento informó sobre el desarrollo del proceso, resolución recaída y emplazamiento ante la Audiencia, por lo que siendo un hecho pacífico que carecía de poder de actuación fuera del partido judicial de Gijón su función finalizó con la comunicación del emplazamiento para comparecer ante el órgano superior —art. 9.6 LEC—, careciendo la Procuradora demandada de facultades para designar a quien habría de representar a su poderdante ante la Audiencia de Oviedo. Y sin que la conclusión exoneratoria procedente pueda estimarse desvirtuada por la invocación que la defensa de D. Jorge G.A. hace del art. 9.2.2. LEC, en el que se establece que cuando el Procurador no tuviese instrucciones o fuesen insuficientes las que se le hubiesen dado, deberá hacer lo que requiera la naturaleza o índole del negocio, pues este precepto ha de entenderse aplicable en tanto subsista el mandato al Procurador pero no cuando la función de éste en el asunto ha cesado.

Igualmente se estima que ninguna responsabilidad puede imputársele al actor, persona lega en derecho, que precisamente por tal circunstancia debe ser dirigido en el proceso técnicamente por un Letrado, no siéndole exigible a D. Gabriel G.M. conocimientos procesales tales como que los Procuradores de Gijón no están habilitados para actuar ante los Tribunales radicados en Oviedo y que en consecuencia es preciso para el sostenimiento del recurso que se persone ante la Audiencia en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su nombre un Procurador colegiado en esta capital.

Por lo que se refiere D. Jorge G.A., el TS en varias resoluciones entre ellas las de 5 jul. 1991 y 4 feb. 1992, al abordar el tema de la negligencia profesional del Letrado, marca unas pautas concretas a seguir tanto para la determinación del tipo de diligencia exigible, como para la carga de la prueba y el concepto de daño indemnizable. En cuanto al primer extremo el TS declaró en la S. 4 feb. 1992 la aplicación a supuestos como el de autos de los arts. 53, 54 y 102 RD 2090/1982 de 24 jul. del Estatuto General de la Abogacía, relativos a las obligaciones del letrado para con la parte por él defendida y que expresamente aluden «... a la obligación del Abogado de cumplir con el máximo celo y diligencia... la misión de defensa que le sea encomendada —art. 53—, a que el Abogado realice diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto —art. 54—, y finalmente —art. 103— que los Abogados en su ejercicio profesional están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada». Preceptos éstos que, como el Alto Tribunal recuerda, tienen el soporte legal de contrato de arrendamiento de servicios, al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el del art. 1.902 CC cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños. Ambos preceptos legales, señala el TS en la citada sentencia, imponen al Abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los canones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de baremo y estricta medida de su actuación. Asimismo el TS S 5 jul. 1991 (R. 5568) declaró que es preciso que «la parte que reclame la indemnización acredite que los daños sufridos por falta de estimación de sus pedimentos sean causalmente atribuibles a la negligente actuación profesional de quien tenía a su cargo la tutela jurídica de los intereses de su cliente». En el mismo sentido la de 4 feb. 1992 reiteró que ha de acreditarse que la resolución judicial ha sido la consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del Letrado encargado de la defensa y que distinto habría sido el resultado del juicio si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la *lex artis,* propia de un Abogado de diligencia normal. Y finalmente la sentencia del TS de 24 may. 1990 (R. 3836), con cita de la sentencia de 16 oct. 1989, declaró que en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis* no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba.

En el caso de autos, a juicio del Tribunal, el Letrado D. Jorge G.A. no actuó con toda la diligencia debida ya que encargado de la defensa de D. Gabriel G.M. debió instarle a que designara a uno de los dos Procuradores de Oviedo que figuraban en el poder a fin de que el elegido se personara a sostener el recurso, no siendo excusa suficiente la de que desconocía los términos del poder, toda vez que éste debe necesariamente ser aportado con la demanda e incluso en el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

propio escrito rector D. Jorge G.A. consignó expresamente que declaraba bastante el poder presentado. A ello ha de añadirse que si por haberse quedado con el citado documento la Procuradora de Gijón, y no tener copia del mismo el Letrado, éste desconociera quiénes eran los Procuradores de Oviedo que figuraban en aquél, tal extremo era fácilmente cognoscible bien requiriendo a la Procuradora de Gijón para que se lo remitiera a él o al cliente, bien examinando los autos en que aquél había quedado testimoniado; al no haberlo hecho así dio lugar a que el recurso se declarara desierto con la consiguiente firmeza de la resolución y sin que tal conclusión pueda estimarse desvirtuada por la alegación de unos presuntos usos profesionales que ni han sido acreditados ni podrían desvirtuar la función del Letrado como responsable de la dirección jurídica del cliente. En razón a lo expuesto procede rechazar la adhesión planteada por D. Jorge G.A., siendo ciertamente dudoso que la misma fuera procesalmente factible toda vez que en el fallo se había desestimado totalmente la pretensión actora, por faltar uno de los requisitos de la acción; mas como quiera que el art. 705 LEC confiere al apelado la posibilidad de adherirse «sobre los puntos en que crea perjudicial la sentencia», y partiendo de una interpretación amplia del concepto del «interés legítimo», la Sala en su momento estimó procedente tener a la representación de D. Jorge G.A. por adherida a la apelación.

Tercero: Cuestión distinta a la abordada en líneas precedentes es si la negligencia imputable al Letrado originó daños a D. Gabriel G.M. Ciertamente se desconoce cuál habría sido el resultado del recurso de haberse personado en forma la parte apelante, aunque no puede desconocerse que el propio actor admite que fue advertido por su Letrado de las exiguas posibilidades de éxito de la acción ejercitada dada la eventual prescripción de la misma, como así se declaró en la sentencia de instancia. En suma, lo que la Sala debe valorar es la frustración del derecho de acceso a un recurso de cuya difícil prosperabilidad había sido informada la parte, debiendo a este respecto recordar que el derecho más progresivo en cuanto a cobertura de riesgos, que no es otro que el administrativo, viene incluyendo últimamente el resarcimiento de la simple pérdida de oportunidades reales para una persona, expresión ésta tomada del derecho sajón y recogida por la jurisprudencia del TEDH SS 8 abr. 1984 y 12 feb. 1985 —casos *Goddi* y *Colozza* respectivamente—. En el presente caso justamente lo que el comportamiento omisivo del Letrado ha provocado es la pérdida de una posibilidad efectiva de defensa, si bien como se ha dicho en líneas precedentes tamizada por la amenazante sombra de la prescripción.

Este órgano judicial, valorado cuanto antecede, estima adecuada la cantidad de 1.000.000 ptas. como indemnización a percibir por el actor por los daños y perjuicios sufridos, suma que habrá de abonar el demandado D. Jorge G.A. y solidariamente con él la Compañía Aseguradora H.H., S.A., sin aplicación de la franquicia pretendida, toda vez que de la lectura de las

condiciones de la póliza se infiere que aquélla se refiere a los daños materiales —incluidos daños o documentos y expedientes—.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN EL SUPUESTO DE DAÑO PROVOCADO POR UNA ACCIÓN PLURAL SIN PODER DISCERNIR LAS ESPECÍFICAS RESPONSABILIDADES.

STS Sala 1.ª de 2 de diciembre de 1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El segundo motivo alega asimismo infracción del art. 1.591 CC y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que reseña, en el sentido de que la responsabilidad decenal por ruina no es solidaria si la culpa puede ser individualizada; se dice en el desarrollo del motivo que al condenarse en la sentencia recurrida a los demandados, solidariamente, a realizar las obras de reparación que se especifican en el documento núm. 6 de la demanda, tal solución sólo se justifica si se acepta el criterio del arquitecto redactor de ese documento en el que se establece como causa del daño un error de cálculo o decisión, sólo imputable al arquitecto, no al constructor ni al promotor. Indiscutible la doctrina jurisprudencial referida en el motivo, ello supone que en los procesos que versan sobre la aplicación del art. 1.591 CC, es menester tratar de indagar siempre cuál sea el factor desencadenante de la deficiencia constructiva, a fin de someter a la consiguiente responsabilidad, exclusivamente a aquél de los sujetos intervinientes en la construcción a quien le deba ser imputado, al pertenecer ese factor a la esfera de su singularizado cometido profesional, como dice la S 29 nov. 1993, que, con cita de otras varias, afirma que «sólo cuando el suceso dañoso haya sido provocado por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas, de modo que resulta imposible discernir las específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación». La sentencia recurrida, en su cuarto fundamento jurídico, atribuye los daños existentes en la finca de la Comunidad actora a «una concurrencia de factores tanto a la mala calidad de los materiales empleados, como al desconocimiento del manejo de los mismos y, aun, a fallos específicos de dirección y ejecución que afecten al complejo espectro de promotores y a la dualidad de los técnicos y todo ello sin que sea posible la participación concreta e individualizada de cada uno»; establecida, por tanto, esa pluralidad de causas productoras del daño y la imposibilidad de determinar la medida en que cada una de esas causas concurrentes ha contribuido a ese resultado dañoso,

sin que tales declaraciones de carácter fáctico hayan sido desvirtuadas en este recurso, no puede afirmarse que haya sido infringido por la sentencia *a quo* el art. 1.591 CC, en el sentido que se dice en el motivo, ni la jurisprudencia de esta Sala recaída en torno a esa cuestión, lo que hace inviable el motivo.

NO SE APRECIA LITISCONSORCIO PASIVO RESPECTO A LOS SUCESIVOS POSIBLES ADQUIRENTES DE UNA PROPIEDAD SUJETA AL DERECHO DE RETRACTO.

STS Sala 1.ª de 7 de julio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El motivo primero del recurso lo articula la recurrente al amparo del art. 1.692.5 LEC, y en él denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación pasiva.

Según la actora, la demanda sólo podrá dirigirla contra el adquirente que conoció y nada podía instar frente a los sucesivos adquirentes, conocidos tras el período expositivo del proceso de retracto.

Para decidir el motivo, ha de recordarse que el retracto de comuneros, derecho de adquisición preferente concedido por ministerio de la ley, tiene la naturaleza de derecho real, eficaz *erga omnes,* y ha de hacerse valer dentro del plazo de caducidad fijado a su especie. En el caso de autos no se discute otro requisito que el de no haberse dirigido la acción contra un siguiente comprador de la finca, del que ninguna noticia tuvo la retrayente.

Obligar a dirigir la demanda contra todos los sucesivos posibles adquirentes de una porción de finca sujeta al derecho de retracto es tanto como hacer claudicar el derecho de la retrayente o dejar a la voluntad del primer comprador la eficacia de derecho reconocido en la ley. Es sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia que cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes (TS SS 10 abr. 1904, 8 jun. 1906, 27 may. 1927, 13 mar. 1949, etc.), con lo cual, si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia. Naturalmente el precio a satisfacer ha de ser el pagado por el primer adquirente, en cuya posición se subroga la retrayente, y ello aunque una S 7 feb. 1959, que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago, en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta. Criterio que además de aislado es insostenible, porque ello podría alterar los requisitos del retracto contenidos en el art. 1.518 CC, simplemente con sucesivas transmisiones.

Cuando esas nuevas transmisiones se conocen durante el litigio y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se está en tiempo en que cabe extender la demanda a dicho nuevo adquirente, ningún obstáculo se opone a que el actor amplíe su demanda frente a ese segundo adquirente, con lo que igualmente evitará problemas de ejecución, en caso de prosperar el retracto, porque el tercero poseedor no demandado no habría podido ser condenado.

Pero para demandarle, es preciso conocer la venta en tiempo hábil, tiempo que en el caso de autos realmente existió, pero no fue conocida la venta, pues el conocimiento dependía de la colaboración leal del demandado, el cual, sabedor de que el mismo había vendido la finca retraída, lo calló todo el período que metió desde la admisión a trámite de la demanda hasta que la Audiencia resolvió el recurso contra la providencia de admisión, lo cual se ha narrado en el primer fundamento de esta resolución.

A lo que ninguna norma legal le obliga al retrayente es a formular nueva demanda de retracto, contra ese adquirente posterior, en cuyo lugar no ha de subrogarse la actora, pues ésta ejercita el derecho reconocido en el art. 1.522 CC contra quien en la enajenación adquirió parte de la cosa común.

Por todo ello, el motivo primero ha de prosperar, cualesquiera que sean las dificultades de ejecución de la sentencia, en cuyo momento no será indiferente la colaboración del demandado condenado, ni se podrá ignorar que el art. 1.510 CC y su referencia a terceros hipotecarios no es aplicable al retracto legal de comuneros, puesto que por tratarse de una verdadera limitación legal del contenido del dominio no precisa que conste en el Registro (*vid.* art. 37.3 LH); además en el caso de autos no hay terceros registrales.

En todo caso, la sentencia favorable a la retrayente, si bien puede no darle posibilidad de posesión inmediata de la finca, constituye título apto para defender su derecho, ejercitando la acción que le convenga, ninguna de las cuales cabe dentro de este proceso, en el que la *perpetuatio legitimationis* impide tanto la entrada de terceros en el proceso como que se efectúen pronunciamientos contra quien no fue parte en el mismo.

Cuarto: El motivo segundo, en el que se denuncia infracción de la jurisprudencia de este Tribunal en materia de litisconsorcio pasivo, debe igualmente prosperar. Si, como se ha dicho, sólo al adquirente es obligado demandar, no puede hablarse de litisconsorcio, y si la sentencia no ha de ser causa directa e inmediata de efecto alguno respecto de extraños al proceso, puesto que los que le afecten se producirán por ministerio de la ley, la consecuencia ha de ser la estimación del motivo. El ulterior adquirente siempre tendrá la protección de la ley frente a quien le vendió contrariando el régimen de comunidad y de retracto legal que necesariamente conocía cuando vendió.

Estimados los motivos, debe la Sala entrar a conocer del fondo de la demanda, cumpliendo con el art. 1.715 LEC, y estimarla por las propias razones que contiene la sentencia de primera instancia.

La autorización de las Cámaras no constituye requisito previo de procesabilidad contra el Presidente y Consejeros de un Gobierno Autónomo.

STS Sala 2.ª de 10 de julio de 1995.

Fundamentos de derecho

Segundo: El primer motivo se articula al amparo del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 238.1 de la misma norma.

Se comprenden en la denuncia casacional cuestiones distintas entre sí: 1) De un lado, dada la condición de los acusados como Presidente o como Consejeros del Consejo de Gobierno de Cantabria en aquel entonces, está ahí el problema de si, a la vista de lo dispuesto en los arts. 66 Ley de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de Cantabria de 26 abr. o de 7 may. 1984, y 71, 101 y 102 CE, el legislador tiene establecida como condición procesal de perseguibilidad la autorización previa del órgano legislativo autónomo. 2) De otro lado, la cuestión es si el Presidente y el Consejo de Gobierno que dirige pueden cesar por decisión de la jurisdicción penal a través de sentencia condenatoria que así lo exija.

Como excepción al principio de igualdad del art. 14 CE, sólo puede hablarse de inmunidad procedimental en el caso de los Diputados y Senadores del Estado conforme a las directrices del art. 71.2 CE, no en cuanto a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas (TC S 16 dic. 1981). En ese sentido ni el Presidente ni los miembros del Gobierno, por lo que respecta al Estado, gozan de ese privilegio procesal como tales, pues así se desprende del citado art. 102. De la misma forma tampoco se establece norma excepcional alguna para los miembros de los Podres Legislativo y Ejecutivo de las Comunidades Autónomas en los arts. 143 al 158 CE.

El art. 11 Estatuto de Cantabria es parejo al art. 71 constitucional ya referido en lo que respecta a la inviolabilidad de los miembros de la Asamblea o del Parlamento pero sólo por las opiniones manifestadas en «actos parlamentarios» o «en el ejercicio de sus funciones», también la prohibición de detención salvo en los casos de flagrante delito. Como matiz diferenciador trascendental, tal y como se ha dicho antes, aparece en el repetido art. 71 la completa inmunidad sólo de los Diputados y Senadores del Estado en tanto su enjuiciamiento precisa de la previa autorización de las Cámaras respectivas.

Aparte pues de que los arts. 11 y 20 del Estatuto señalen el fuero especial que según los casos corresponde al Presidente y a los miembros del Consejo de Gobierno, es evidente, en conclusión, que ninguna norma constitucional o estatutaria permite fundamentar la tesis de que la responsabilidad criminal del Presidente y de los Consejeros del Gobierno Cántabro, como tales, esté procesalmente supeditada a la autorización de la Asamblea legislativa regional.

Tercero: En cuanto a la segunda

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuestión antes esbozada, ha de señalarse concluyentemente que la competencia jurisdiccional plena de los Tribunales de Justicia respecto del Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de Cantabria, igual a nivel estatal, surge de la lógica y racional interpretación que merecen conjuntamente los arts. 101 y 102 CE en relación con los arts. 18 y 33 del Estatuto y 10 y 23 Ley de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de Cantabria.

Los motivos que señalan los anteriores preceptos en cuanto al cese de los miembros de las respectivas Cámaras o Asambleas no suponen un sistema de causas tasadas en el que no pueda incluirse la sentencia judicial firme de condena contra el Presidente de Gobierno o sus miembros, por cuanto que la tesis contraria llevaría a conclusiones absurdas, tal sería la imposibilidad de incoar procedimiento penal contra quien preside o forma parte del Gobierno, mientras ejercieren esa función, o la igual imposibilidad de ejecutar pena de inhabilitación para el cargo que sustentaren.

El art. 101 CE ha de analizarse en unión del art. 102.1, de concluyente contenido, de la misma forma que los arts. 11 y 20 del Estatuto han de complementar los arts. 10 y 23 Ley de Régimen Jurídico. De ahí la sinrazón del motivo que debe rechazarse habida cuenta la similitud que debe además guardarse entre la responsabilidad de la Diputación Regional de Cantabria y los organismos similares del Estado, de acuerdo con el art. 66 Ley de Régimen Jurídico Cántabro ya repetidamente citada.

El rechazo de esa supuesta falta de jurisdicción se refiere tanto a la previa responsabilidad criminal como respecto de la ejecución de las penas impuestas, porque así se desprende de cuanto viene explicado, en atención al acatamiento que el principio de legalidad merece. Ni el art. 102.1 CE ni los arts. 11 y 20 estatutarios establecen excepción alguna limitativa de la competencia jurisprudencial de los Tribunales de Justicia.

No es, pues, cierto jurídicamente que la responsabilidad criminal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno sólo pueda exigirse tras su cese, de igual manera que la condena firme que conlleve la inhabilitación de cargo público al Presidente o Consejeros de Gobierno sería causa del cese de sus funciones aunque no se contenga ello en el art. 101 CE, en conexión con el 66 Ley de Régimen Jurídico.

Otra cosa supondría una suerte de inmunidad, temporal y parcial, con parecidas consecuencias a las que respecto del Rey se señalan en el art. 56 CE. En cierta medida volverá a hablarse de esta supuesta falta de jurisdicción en el FJ 38 de la presente resolución judicial.

Trigesimoctavo: El segundo motivo, con base en los repetidos arts. 5.4 orgánico y 849.1 procesal, denuncia la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la Ley, art. 24 CE, aunque después la exposición del motivo discurra por otros derroteros jurídicos.

La extensa reclamación de ahora es desde luego profusa, también en algunos casos confusa, también en

otros reiterativa. Fundamentalmente se aduce que indebidamente se están juzgando aquí actos políticos, no susceptibles de control jurisdiccional. En consecuencia, y con base en el repetido art. 47 LRJAE, existe una clara ausencia de competencia.

En realidad son los mismos argumentos analizados ya en los FF.JJ. 2.º y 3.º de la presente resolución. No obstante expresamente se hace alusión además a los arts. 50, 52 y 60 respectivamente de los Regls. de la Asamblea de Cantabria, del Congreso y del Senado, para afirmar, equivocadamente, que la responsabilidad criminal de los políticos tiene que pasar obligatoriamente por la previa constitución de la Comisión de Investigación Parlamentaria con la consiguiente remisión, en su caso, del resultado habido al MF. El error es manifiesto. Las conclusiones de la Comisión Parlamentaria no vinculan al Poder Judicial ni suponen un presupuesto o condición procesal *sine qua non* pra proceder en la jurisdicción penal. Son Comisiones que investigan sobre cualquier asunto de interés público, con una evidente relevancia política que en ocasiones pueden producir importantes efectos penales cuando su contenido háyase trasladado al MF que podrá ejercitar las acciones legales que estimare pertinentes. De manera concreta el art. 76 CE así lo señala. Otra cosa es que la comparecencia a requerimiento de las Cámaras sea obligatoria (ver la LO 24 may. 1984). Sin embargo tales Comisiones no realizan nunca funciones de carácter jurisdiccional, únicamente llevan a cabo las que se mueven alrededor de lo que puede ser entendido como control a la acción del Gobierno (ver TC A 7 nov. 1984).

Dentro de la heterogeneidad de esta denuncia casacional se afirma también que el Tribunal de la instancia no puede enjuiciar actos de naturaleza política como los presentes, por lo que es evidente la falta de jurisdicción, con olvido de que la investigación criminal sobre adjudicación o regulación de contratos administrativos supone enjuiciamiento no de actos políticos, sino de actos administrativos sometidos al control jurisdiccional, incluso desde la perspectiva criminal. También dícese que la prueba lograda en las presentes actuaciones, al menos parte de ella, se ha obtenido ilegalmente al violentarse el secreto de las deliberaciones (art. 20 Ley de Régimen Jurídico del Gobierno de Cantabria), también con olvido de que este precepto únicamente impone un deber de sigilo con eficacia en otros ámbitos pero no en el proceso penal. En último caso debe hacerse remisión a lo ya expuesto en el FJ 3.º de esta sentencia.

Por lo demás, los FF.JJ. 4.º, 5.º y 6.º cumplidamente contestan a la supuesta falta de legitimación que dentro de esta segunda denuncia casacional se arguye. El motivo, en su conjunto y totalidad, ha de ser desestimado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

NO CABE RECONVENCIÓN EN EL JUICIO ORDINARIO DEL ART. 1.088 LEC (JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARIA) PUESTO QUE EL OBJETO DE ÉSTE ES LA PARTICIÓN PRACTICADA POR UN CONTADOR DIRIMENTE.

STS Sala 1.ª de 8 de julio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: El primero de ellos aparece textualmente formulado así: «Al amparo de lo dispuesto en el art. 1.692.3, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte». En el alegato integrador de su desarrollo plantea cuatro distintas y heterogéneas cuestiones (no dos, como parece decir), que son las siguientes: a) Incongruencia de la sentencia recurrida; b) Supuesto quebrantamiento de forma por no haberse dado traslado al actor, aquí recurrente, de la reconvención que, según dice, formuló la demandada; c) Supuesto quebrantamiento de forma por haberse admitido la presentación por la demandada, en período de prueba, de un documento (acta notarial) de fecha anterior a la incoación del proceso y que dicha demandada no acompañó con su escrito de contestación a la demanda, y d) Otro supuesto quebrantamiento de forma, por no haberse admitido en segunda instancia al actor, allí apelante, dos medios de prueba documental que propuso.

Las cuatro referidas cuestiones que, dada la heterogeneidad de las mismas, deberían haber sido objeto de otros tantos motivos distintos e independientes, como exige una correcta técnica casacional, habrán de ser examinadas separadamente, como si se tratara de cuatro submotivos, dentro de ese extraño motivo primero.

En la primera de las aludidas cuestiones, alegando textualmente «infracción de lo dispuesto en el art. 372.4 LEC en relación con lo dispuesto en los arts. 359 y 360 de la misma Ley», se denuncia un supuesto vicio de incongruencia, que el recurrente parece hacer consistir, en esencia, en que la sentencia recurrida (como antes había hecho la de primera instancia) ha aprobado la partición (liquidación de la sociedad de gananciales) practicada por el contador dirimente, cuando ello, viene a decir, no ha sido pedido por ninguna de las partes, en sus respectivos escritos rectores del proceso. La respuesta casacional que ha de corresponder a dicho submotivo es la que se desprende de las consideraciones que a continuación se exponen. El juicio ordinario que por la cuantía corresponda, a que se refiere el art. 1.088 LEC, que fue el promovido por el actor, según lo dice expresamente en el párr. 2.º del fundamento de Derecho 1.º de su demanda (folio 2 vuelto de los autos), surge únicamente cuando, habiéndose formalizado en tiempo hábil, por algún interesado, oposición a las operaciones divisorias del contador dirimente, en la Junta correspondiente, a la que serán convocados todos

los interesados y el propio contador dirimente (art. 1.086 de la citada Ley), no hubiere conformidad de todos los referidos interesados respecto a las cuestiones promovidas, en cuyo supuesto, decimos, surge el referido juicio ordinario (art. 1.088), el cual solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente («empezando los traslados por aquellos que primero hubieren solicitado la entrega de las operaciones», preceptúa el citado art. 1.088), por lo que el demandante, aquí recurrente, ignoró lo anteriormente dicho, al promover este proceso sin mencionar los extremos en que disiente de la partición del contador dirimente y postular única y exclusivamente que se apruebe la partición (liquidación de la sociedad de gananciales) que hizo el contador-partidor que él designó, en cuya deficiencia le secundó el propio Juzgado, al incoar dicho proceso con carácter totalmente autónomo e independiente del procedimiento particional que se había venido tramitando (los ya referidos autos núm. 303/1979), olvidando el actor, como también luego la demandada, que las particiones hechas por los contadores-partidores designados, respectivamente, por ellos, al mostrar recíprocamente los interesados una absoluta disconformidad respecto de las mismas, quedaron ya totalmente periclitadas o precluidas (sin efecto alguno) y sustituidas por la que formalizó el contador dirimente (pues para dicho supuesto se le nombró, arts. 1.070 y 1.073 de la citada Ley procesal), que es la única que puede ser impugnada por los disidentes (por múltiples causas, *ad exemplum:* falta de citación de alguno de los interesados a la formación del inventario; valoración arbitraria de los bienes; naturaleza privativa de alguno de los bienes incluidos en la partición; vicios de ésta, determinantes de su nulidad o rescindibilidad, etc.) y la única también que ha de prevalecer, bien con las rectificaciones de las irregularidades denunciadas, que hayan quedado probadas en dicho juicio ordinario, bien en su forma originaria (como la hizo el contador dirimente), si no se prueba ninguna irregularidad en la misma, como así lo ha entendido la sentencia recurrida, al igual que antes la de primera instancia, pese a la ya dicha anómala tramitación de este proceso como autónomo e independiente del procedimiento particional (autos núm. 303/1979) del que debía haber formado parte integrante, como pieza separada del mismo. Con base en todo lo anteriormente expuesto ha de concluirse que la sentencia aquí recurrida, al aprobar la partición efectuada por el contador dirimente, por no haberse probado en el proceso ninguna irregularidad en la misma y no obstante los insólitos pedimentos (ya dichos en el fundamento jurídico segundo de esta resolución) de los escritos de demanda y contestación, no ha incurrido en incongruencia alguna, por lo que ha de fenecer este primer apartado o submotivo del motivo primero.

A través del que hemos llamado segundo submotivo, aunque mezclando confusamente su argumentación impugnatoria con la del que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

acabamos de examinar, parece que el recurrente quiere denunciar un quebrantamiento de forma, que hace consistir en que el Juzgado no le dio traslado de la reconvención que, según dice, formuló la demandada en su escrito de contestación, con lo que se le privó, parece querer decir, de su derecho a poderla contestar.

Teniendo en cuenta los razonamientos que, con relación al primer submotivo, hemos expuesto anteriormente y que aquí se dan por reproducidos, este segundo submotivo también ha de ser desestimado, ya que si el juicio ordinario a que se refiere el art. 1.088 LEC solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición practicada por el contador dirimente (una vez que, en la Junta que el Juez convoque al efecto, falte la conformidad de todos los interesados sobre las cuestiones promovidas —arts. 1.086 a 1.088 de la citada Ley procesal—), resulta evidente que no cabe la posibilidad de formular reconvención alguna en el mismo, toda vez que, por un lado, los interesados que disientan de la referida partición habrán de limitarse a exponer los motivos de su impugnación a la misma, «empezando los traslados por aquellos que primero hubiesen solicitado la entrega de las operaciones, conforme al art. 1.084» (cuyo precepto imperativo, que establece expresamente el art. 1.088, carecería totalmente de sentido, si el juicio ordinario a que el mismo se refiere fuera un proceso completamente autónomo y con libertad de objeto contencioso), cuyo requisito impugnatorio, además, no cumplió el actor, aquí recurrente, al promover este proceso, sino que formuló en el mismo la insólita pretensión de que se apruebe la partición hecha por el contador-partidor que él había designado, cuando dicha partición, como se dijo al desestimar el primer submotivo, ya había quedado totalmente excluida y sin efecto alguno, y, por otro lado (retomando el hilo de la argumentación que iniciamos más arriba), aquellos otros interesados que no disientan de la partición hecha por el contador dirimente, si quieren hacer alguna alegación, habrán de limitarla exclusivamente, como es obvio, a exponer las razones por las que crean debe ser rechazada la impugnación de los disidentes y ser aprobada, lógicamente, la partición impugnada, requisito que tampoco cumplió la esposa demandada, pues en su escrito de contestación, sin plantear reconvención alguna que, como se ha dicho, aquí no cabe, formuló la también insólita pretensión de que se apruebe la partición hecha por el contador-partidor que ella había designado, cuya partición ya había corrido la misma suerte, antes dicha, que la realizada por el de su marido.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL EMPRESARIO PARA INTERPONER EL RECURSO DE SUPLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE SANCIONES MUY GRAVES ES CONFORME AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROCESO.

STC Pleno 125/1995, de 24 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Una vez centrado el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad se trata ahora de determinar con precisión cuáles son los preceptos constitucionales implicados. La Sala que plantea la cuestión afirma que quedan vulnerados por los preceptos cuestionados tanto el art. 14 como el art. 24.1 CE. El primero porque tales preceptos producen una desigualdad de trato de carácter discriminatorio, en cuanto que dan un tratamiento distinto a las dos partes del proceso basada en la circunstancia personal o social de una de las partes, cual es la condición de empresario. El art. 24.1 CE en cuanto que el mismo implica la necesidad de la igualdad de partes en el proceso, la cual queda vulnerada en virtud de los preceptos aludidos de la LPL.

Este Tribunal, sin embargo, ha tenido ya ocasión de declarar reiteradamente que el art. 14 CE ampara en efecto la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, pero no se extiende directamente a la igualdad de las partes dentro del proceso. La necesidad de que ambas partes concurran al proceso en régimen de igualdad, con igualdad de armas y medios procesales y con posibilidad de contradicción, constituye una garantía que integra el propio art. 24 CE, en cuanto que, interpretado a la luz del art. 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos, del art. 14 Pacto de Nueva York, del art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos y del propio art. 14 CE, reconoce el derecho a un proceso informado por el principio de igualdad entre las partes (SSTC 4/1982, 114/1989 y 180/1991, entre otras). Y en este caso, precisamente, la cuestión que se plantea (el acceso al recurso del demandante), aunque pudiera enjuiciarse conforme al art. 14, depende de otra —la de si demandante y demandado reciben un trato no discriminatorio en una modalidad procesal concreta o si, por el contrario, existe una injustificable disparidad de armas—, debiendo ambas ser contempladas en relación al canon de constitucionalidad que se deriva del art. 24.1 CE.

Tercero: Lo que debe ahora ser examinado, así pues, es si los preceptos cuestionados de la LPL suponen un quebrantamiento del principio de igualdad de las partes en el proceso reconocido por el art. 24 CE. El Abogado del Estado niega que exista tal quebrantamiento por una doble razón: la primera, porque los preceptos cuestionados no impiden al empresario comparecer en el proceso, ni en la instancia ni en la fase de recurso, y en todo momento el empresario puede hacer las alegaciones pertinentes y emplear los medios de prueba que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

considere oportunos. La segunda porque aunque la diferencia existe, en efecto, en cuanto que no se le permite interponer al mismo empresario recurso de suplicación, ello se asienta sobre una base razonable y proporcionada, orientada a mitigar la desigualdad material existente entre las partes en litigio.

A este respecto es preciso afirmar ahora que, en efecto, según hemos manifestado en numerosas ocasiones, la igualdad en el proceso alcanza su manifestación más básica en el hecho de que puedan comparecer en el mismo con igualdad de posibilidades y cargas y empleando la asistencia técnica y los medios de defensa adecuados, sin que una de las partes quede a tal efecto en mejor situación que la otra, salvo que ello obedeciera, excepcionalmente, a una justificación muy estricta (SSTC 13/1981, 96/1985, 47/1987, 14/1992 y 10/1993).

Mas los preceptos legales impugnados no vedan al empresario comparecer en el recurso y defenderse en la forma que estime oportuna. En el seno del proceso, empresario y trabajador son tratados de modo igualitario, ciñéndose la diferencia de trato aquí enjuiciada a la posibilidad de interponer el recurso.

Ciertamente, el principio de igualdad de armas, en sentido estricto, se refiere a las que, *ex* art. 24.2 CE, pueden utilizar las partes en el seno del proceso. Pero, en sentido amplio, abarcaría también el derecho a los recursos, que son modalidades secundarias de acceso; pero también —si se contempla el proceso como un todo— «armas» procesales.

Pues bien: la prohibición de discriminaciones injustificadas, desproporcionadas o irrazonables se extienden también al acceso a los recursos que, según hemos destacado en numerosas resoluciones, dimana del art. 24.1 CE.

El debate procesal, para poder cumplir adecuadamente su finalidad de servir de base al otorgamiento de la tutela, ha de ajustarse a las reglas del discurso racional, que prescriben que todos los intervinientes han de tener las mismas posibilidades de aducir sus pretensiones y argumentos. Y esa paridad debe entenderse, en principio de modo formal, sin que ese entendimiento *prima facie* admita más excepciones que aquellas que tiendan, en la realidad y por encima de la mera forma, a equilibrar desigualdades procesales o que pudieran ser consecuencia del proceso.

Por eso, el equilibrio de las partes en el proceso exigido por el art. 24 CE puede quedar también vulnerado en el caso de que se otorgue a una de ellas una posibilidad de recurso que se niega a la otra si ello no obedece a una causa razonable y proporcionada que justifique la «discriminación positiva». En efecto, por esta vía pueden llegar a establecerse unas consecuencias que desequilibren el proceso contemplado en su totalidad, pues permite que una parte tenga la posibilidad de intentar de nuevo que su pretensión, desestimada en la instancia, vuelva a ser examinada por un órgano judicial de rango superior, y por lo tanto tiene una segunda opción a que su pretensión sea finalmente estimada, mientras que a la otra se le niega

tal posibilidad. El desequilibrio entre las partes que se produce a partir de esta posibilidad selectiva de recurrir en suplicación a sólo uno de los litigantes es, por lo tanto, claro y por ello puede indudablemente afectar claramente a lo dispuesto en el art. 24.1 CE. Por esta razón, la posibilidad que tiene el legislador de establecer los recursos que estime convenientes tantas veces afirmada por este Tribunal (SSTC 46/1983, 36/1983, 117/1991, entre otras) y que ahora no se cuestiona, debe quedar limitada por las restricciones que impone el principio de la igualdad en el proceso, la cual no puede quedar desvirtuada por un sistema de recursos que prime irrazonablemente a una parte frente a la otra.

Cuarto: Una vez que se ha dejado claro que la negación del recurso de suplicación al empresario demandado puede, en hipótesis, causar efectivamente un desequilibrio en el proceso en conflicto con el art. 24 CE, que vulneraría este precepto si careciese de fundamento razonable. Se trata ahora de precisar si, tal como afirman el Abogado del Estado y el Fiscal General, este peor trato que recibe respecto del trabajador demandante puede ser admisible, al quedar justificado desde la perspectiva del art. 9.2 CE, esto es, como un instrumento para mitigar la desigualdad originaria existente entre empresarios y trabajadores. Efectúan afirmaciones tales como que el trabajador está en una condición social y económica inferior a la del empresario que justifica que se le concedan unas ciertas ventajas por el legislador, y añaden que el empresario es aquí quien tiene la iniciativa de sancionar, situando desde el principio al trabajador en una posición defensiva. En fin, aluden también a la mayor gravedad de sufrir una sanción respecto desde la frustración que supone para el empresario no verla confirmada judicialmente. Apelan a una doctrina de este Tribunal, bien representada por la STC 3/1983, en la que se alude y se legitima el desigual trato procesal que se relaciona con la peor situación social y económica que tiene el trabajador respecto del empresario.

Es cierto que este Tribunal no ha sido en modo alguno renuente a reconocer y dar relevancia a la situación de desigualdad material que existe entre empresarios y trabajadores. La línea argumental de la sentencia anteriormente citada ha sido seguida por otras muchas (SSTC 53/1983, 65/1983, 78/1983, 114/1983, etc.). Tal desigualdad se ha considerado, en no pocas ocasiones, como una justa razón para considerar constitucionalmente legítimo que el legislador actúe de un modo tal que ayude a mitigar en lo posible tales diferencias, propósito que, animado por el propio art. 9.2 CE, es en buena medida, si no en toda, el propio objeto clásico del Derecho laboral. Sin embargo, trasladar tal propósito tuitivo o equilibrador de circunstancias sociales al ámbito del propio proceso es algo que debe realizarse con cuidado, pues no puede olvidarse que la CE, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica la igualdad en el proceso, no excluye de tal derecho al empresario, el cual, al margen de su superior situación social o económica respecto del trabajador, no ha

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de ser privado del derecho constitucional a disfrutar, cuando se encuentre en un litigio frente a un trabajador, de un cauce procesal equilibrado que se oriente a establecer, con paridad de oportunidades, la solución conforme a derecho. Por ello debe hacerse notar que, cuando este Tribunal ha llevado al ámbito de las garantías procesales la razón de la diferencia material existente entre el trabajador y el empresario no ha sido para compensar la desigualdad sustantiva mediante un proceso desequilibrado en sentido inverso. Por el contrario, lo que principalmente se ha pretendido ha sido remover obstáculos procesales que el trabajador podría tener por su condición de tal, de modo que no tuviese mayores inconvenientes que el empresario para litigar contra él. Así, se ha considerado que no resulta contrario a ningún precepto constitucional que se le imponga al empresario el deber de consignar el importe de la condena y no al trabajador al que se presume menor capacidad económica (STC 3/1983), ni que, por las mismas causas, se establezca para éste la total gratuidad del proceso (STC 114/1983). En este tipo de supuestos, la diversidad de tratamiento procesal a ambas partes, o bien se ha legitimado o, incluso, se ha propugnado por el propio TC precisamente para mitigar una desigualdad procesal que existía inicialmente, pretendiendo por lo tanto una igualdad real en el proceso. Es decir, se pretendía aumentar el equilibrio del proceso mismo compensando la mejor situación de partida que una de las partes podría de otro modo ostentar.

Quinto: Pero este Tribunal no se ha limitado a tomar en consideración la distinta situación material de las partes, a los efectos de entender razonablemente fundadas las diferencias de trato establecidas entre ellas, sino que ha considerado también la específica naturaleza de la relación jurídica desde la que actúan en el proceso, y las desigualdades que la diferente posición de los sujetos en ella puede generar.

Así, *v.gr.,* ha estimado justificada la desigualdad de trato establecida en el art. 1.435 LEC en favor de las entidades de crédito, dada la particularidad de las actividades de intermediación financiera que constituyen su objeto social (STC 14/1992) o la peculiaridad del proceso de jura de cuentas de Procuradores y Abogados, dado su carácter sumario y el hecho de que los créditos devengados lo son dentro del proceso (STC 110/1993).

Naturalmente, esta perspectiva también ha sido afirmada en el ámbito del proceso laboral. Ya en la STC 3/1983, antes citada, se afirmaba que «la desigualdad originaria entre trabajador y empresario tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula».

Desde esta óptica, la STC 38/1981 estimó compatible con el principio de igualdad de armas la atribución al empresario de la carga de la prueba del hecho de que el despido de un enlace sindical se hallaba razonablemente fundado y no era, por consiguiente, contrario a la libertad sindical, atendiendo, en primer término, a la tutela del

derecho fundamental del trabajador que, de otro modo, hubiera podido quedar privado de parte de su contenido, frente al interés del empresario en un fragmento de su potestad organizativa. Así se admitió como justificada y razonable una diferencia de trato fundada en la adecuación del proceso a la naturaleza del objeto litigioso, esto es, nacida de la necesidad de configurar el proceso de modo que permitiese la efectivad de un derecho fundamental. Doctrina de la que cabe inferir que hay situaciones fácticas y jurídicas en las que la naturaleza de la pretensión de alguna de las partes puede matizar la igualdad de armas.

Sexto: Por ello, la pregunta que ahora debemos formularnos, y que tiene carácter central en relación a la presente cuestión de inconstitucionalidad es la de si, en el caso que ahora se examina, el trato diverso del que específicamente son objeto las dos partes del proceso de impugnación de sanciones responde a motivos que, por plenamente razonables y proporcionados, pueden resultar compatibles con el art. 24.1 CE.

Dando por sentada la originaria desigualdad material de las partes, hemos de proceder, para responder la cuestión, a individualizar en qué consiste la desigualdad jurídica concreta en que una y otra se hallan situadas con ocasión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte del empresario, para, a partir de ese análisis, llegar a una conclusión acerca de la razonabilidad o irrazonabilidad de la diferencia de trato cuestionada.

A tal efecto, hemos de atender a dos tipos de consideraciones: en primer lugar a la naturaleza del poder disciplinario del empresario y, después, a las diferencias existentes entre la situación del trabajador, cuya sanción por falta grave queda confirmada por la resolución judicial, y de la del empresario, cuando dicha sanción resulta anulada.

La primera de dichas cuestiones —la de la naturaleza del poder disciplinario del empresario— no puede ser abordada aquí sino en la medida en que es relevante para la resolución del problema constitucional que se nos plantea. A tal efecto, baste decir que se trata de un poder punitivo —la potestad de imponer «penas privadas»— que le otorga una superioridad palmaria y que, en el caso de las infracciones muy graves puede tener serias consecuencias sobre la situación del trabajador, tanto porque puede afectar gravemente a su modo de vida, cuanto porque puede tener repercusiones indeseables sobre su estatuto jurídico, incluso desde una perspectiva que discurre paralelamente a algunos de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24 y 25 CE, por más que no pueda identificarse con ellos. El carácter punitivo de las sanciones disciplinarias laborales y sus posibles consecuencias motivan tanto la intervención del legislador, sustrayendo a la libre determinación del empresario la fijación de las infracciones y sanciones, como el ulterior control judicial del correcto ejercicio del poder disciplinario, que se halla sometido a límites semejantes a los que, por preceptuarlo así la CE de 1978, ha de respetar la potestad punitiva del Estado, aunque se hallen recogidos en nor-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mas de rango legal: así, *v.gr.*, los representados por la tipicidad y proporcionalidad (art. 58 ET) y por la presunción de inocencia (art. 114.3 LPL).

Esto sentado, y pasando a la segunda cuestión, cuando la sanción resulta anulada el empresario ve menoscabado parcialmente su poder de organización, lo que, sin duda, puede resultar importante, tanto para él como para la empresa. Pero, cuando la sanción muy grave resulta confirmada, no sólo quedan comprometidos, desde el punto de vista del trabajador, momentos esenciales de su relación de trabajo, sino también, con ellos, sus propias condiciones personales de vida.

Séptimo: Recapitulando lo dicho, el empresario parte de una genérica ventaja social y económica y de una cierta primacía en la relación jurídica. Desde esta posición, lo que pone en juego en el proceso de revisión es una sanción disciplinaria impuesta por él, esto es, un acto aislado de su potestad directiva que, por más que no carezca de importancia, ni compromete, al menos por sí mismo, la subsistencia de la empresa ni su relación con ella, ni tiene repercusión alguna imediata sobre su persona.

Al contrario, el trabajador, en virtud de la naturaleza de la relación jurídica, parte de un sometimiento al poder disciplinario del titular de la empresa, esto es, de una situación de desventaja a la que, en el caso de las sanciones muy graves confirmadas por resolución judicial, se añade una situación en la que queda esencialmente comprometida su relación laboral, afectados seriamenrte sus derechos personales y alterado su modo de vida. La posición en la que quedan las partes, tras ver desestimadas sus distintas pretensiones en el proceso de instancia no es, por consiguiente, igual ni equiparable, sino sustancialmente distinta. Sobre el resultado del proceso se proyecta la inicial desigualdad material y jurídica de las partes, que la decisión legislativa de otorgar al trabajador la posibilidad de recurrir en suplicación intenta compensar.

Se halla, pues, objetiva y razonablemente justificado que —para el caso de las sanciones muy graves y sólo para él— la Ley abra al trabajador la posibilidad del recurso. Esa posibilidad no deja indefenso al empresario, ni le hace de peor condición que su oponente ni, desde una perspectiva material, le discrimina; sino que intenta restablecer la igualdad de las partes de un modo que —sea o no técnicamente el más correcto— no puede, desde el punto de vista constitucional, estimarse irrazonable o injustificado.

Por todo lo cual, hay que concluir que la diferencia que los arts. 115.1.º y 118.1.º LPL establecen, en orden a la posibilidad de interponer recurso de alzada, entre trabajador y empresario tiene una justificación razonable y conforme al principio de igualdad en el proceso y que, por consiguiente, no vulnera el art. 24 CE.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el TC, por la autoridad que le confiere la CE,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ Andalucía, acerca de los arts. 115.1.º y 188.1.º LPL (TA aprobado mediante RDLEG. 521/1990 de 27 abr.).

Madrid, 24 jul. 1995.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. GABALDON LÓPEZ RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 3033/1993, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO SR. GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL.

Primero: Con el mayor respeto para la opinión mayoritaria, lamento discrepar del fallo y de una parte de sus fundamentos: aquellos en que se apoya un fallo de constitucionalidad.

En síntesis, como en la sentencia se dice, lo que se plantea es la constitucionalidad de unos preceptos que, en el caso de una sanción por falta muy grave impuesta por el empleador, no permiten a éste y sí sólo al trabajador sancionado la interposición del recurso de suplicación contra la sentencia. La Sala de lo Social del TSJ plantea la compatibilidad de esos preceptos con los arts. 14 y 24 CE.

Sintetizando, pues, al máximo, se trata de determinar si la privación a una de las partes de su derecho al recurso puede estimarse ajustada al art. 24 CE porque, efectivamente, se trata de un trato procesal desigual que la opinión mayoritaria ha estimado razonable porque se aplica en relación a una situación de hecho en el cual existe una desigualdad real entre el empresario, que además es quien sanciona y tiene la iniciativa al respecto, y el trabajador a quien parece razonable que se le permita pedir la revisión de la sanción, mas no a quien la impuso cuando la decisión judicial le es desfavorable.

Segundo: Estoy de acuerdo con el criterio mayoritario acerca de la afirmación de que la cuestión ha de resolverse únicamente desde el punto de vista del art. 24 CE.

No lo estoy, sin embargo, en la conclusión de que los preceptos puestos en duda se ajustan a la citada prescripción constitucional.

Cierto es cuanto se argumenta respecto de la situación de desigualdad entre empresario y trabajador en la relación jurídica que les vincula, según la especial posición de ventaja de aquél en cuanto poseedor de la iniciativa en la imposición de sanciones privadas así como en las consecuencias que éstas, cuando son graves, conllevan para la situación del trabajador.

No menos cierto es que a partir del art. 9.2 CE pueden justificarse actuaciones y medidas compensatorias de la desigualdad social y económica originaria entre empresarios y trabajadores, y lo son también los ejemplos de resoluciones en las que este Tribunal ha encontrado constitucionalmente justificados algunos preceptos niveladores de la situación de las partes en el proceso laboral.

Pero no encuentro posible deducir de estas premisas una conclusión como la que ahora se justifica, porque ella no se limita a corregir deficiencias para lograr que una parte no quede en el proceso en una situación mejor que la otra, sino que priva a una de ellas de la posibilidad de interponer el recurso

previsto en la Ley frente a una resolución que le es desfavorable. Es decir, que, como en la propia sentencia se afirma, viene a justificarse un trato diferencial respecto de una parte procesal cuya resultante desigualdad trata de encontrarse razonable y proporcionada por motivo de la desigualdad en la relación jurídica material que se lleva al proceso, a un proceso sancionador donde el empresario tiene además la iniciativa.

Tercero: El art. 24 CE (como bien se reconoce en la sentencia que nos ocupa) significa la garantía constitucional de la igualdad (y no sólo formal) que es esencial del concepto de la institución del proceso, es decir, la posibilidad de que las partes en conflicto actúen en posición igual, con igualdad de armas y las mismas posibilidades de satisfacción de sus pretensiones cuando éstas son presentadas ante el órgano jurisdiccional. Y forma parte de esas condiciones de igualdad algo que, asimismo históricamente, se halla incluido entre las garantías derivadas del proceso (aunque no de su esencia) como es la posibilidad de interponer los recursos establecidos por la ley frente a las decisiones del órgano judicial. Salvo en el proceso penal, es ciertamente la ordenación de los recursos materia de libre decisión del legislador dentro de las posibilidades de configuración legal ajustadas al art. 24 CE. Pero lo que no puede igualmente afirmarse es que si priva a una de las partes del derecho a un recurso establecido, ello no vulnere la igualdad esencial en el proceso garantizada por el art. 24 y no sea además susceptible de determinar la indefensión de aquel a quien se priva de una instancia.

La esencial desigualdad que se produce con esa privación no admite, en general, excepciones derivadas de un propósito nivelador de desigualdades materiales entre las partes, porque esta intención igualadora puede tener lugar (y de hecho así ha venido siendo en el proceso laboral) con el fin de lograr que ambas partes acudan al proceso en igualdad de posición y posibilidades procesales, con iguales medios de asistencia técnica, con posibilidad de conservar la situación de hecho mientras el proceso se decide, etc. Incluso, si se considerase objetivamente más beneficioso por razones de celeridad en la decisión del litigio, cabría entre las facultades del legislador la de suprimir para ambas partes el recurso. Pero no existe razón alguna objetiva que justifique ni constitucionalmente ni en la teoría jurídica la privación a una sola de las partes de la posibilidad de lograr, según lo generalmente establecido, la revisión en derecho de la sentencia del Juez por el Tribunal superior cuando a la parte contraria se reconoce esa posibilidad y cuando, por otros medios como los antes señalados, es posible que ambas hayan tenido y tengan una nivelación de trato procesal. La aplicación excesiva de los criterios tuitivos del trabajador (por otra parte justos y razonables en general) que inspiran el proceso laboral, debe alcanzar, en lo que aquí nos ocupa, a colocarle en situación de igualdad procesal pero no a romper en su favor esta misma igualdad, creando de hecho el privilegio de atribuirle sólo a él la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

posibilidad de logar la revisión judicial de la sentencia.

Cuarto: No parecen algunas de las normas del proceso penal las más adecuadas para obtener una razón que analógicamente justifique en ciertos casos la privación del recurso a una de las partes porque el proceso penal tiene singularidades y matices diferenciales respecto de otros procesos dada su peculiar naturaleza de juicio sobre el derecho punitivo del Estado en su forma más pura y penetrante y donde, además, la posición de las partes en relación con la estructura del proceso presenta peculiaridades importantes.

Más bien los criterios analógicos podrían obtenerse respecto del proceso contencioso-administrativo, en el cual, precisamente una de las partes, la Administración Pública veste de la personalidad jurídica del Estado, desigual por excelencia frente al particular pero en la cual el Derecho ha intentado (con privilegios en algún caso necesarios a favor de aquélla) una situación de igualdad de las partes en el proceso a la cual le son plenamente de aplicación las prescripciones del art. 24. Y es de señalar que, precisamente en la cuestión que nos ocupa, a la Administración Pública, parte netamente desigual en sus relaciones jurídicas con el administrado y a la que el ordenamiento también le atribuye iniciativas tan determinantes como las del privilegio de la decisión previa y la ejecutoriedad de sus resoluciones, no está privada sin embargo en ningún caso de la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales adversas cuando el recurso viene establecido por la Ley. Y ello, también respecto de sus resoluciones sancionadoras incluso si éstas se refieren a los funcionarios públicos, supuesto el más próximo del que aquí nos ha ocupado.

Considero, por lo expuesto, que el fallo en este caso debió pronunciar la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, en la medida en que privan al empleador de un recurso procesal del que dispone la otra parte.

Madrid, 25 jul. 1995.

LEGITIMACIÓN DEL HEREDERO AB INTESTATO PARA IMPUGNAR NEGOCIOS JURÍDICOS NULOS DEL CAUSANTE.

STS Sala 1.ª de 24 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: Suscitada en la sentencia recurrida la cuestión relativa a la legitimación de los actores para atacar el acto dispositivo realizado por su causante debe establecerse que éstos gozan de aquélla, pues no es necesario ser heredero legítimo del causante a los efectos de impugnar la validez de negocios jurídicos, absolutamente nulos con tal de que el accionante se apoye en un interés que sea legítimo y tenga expectativas de obtener alguna ventaja lícita del resultado favorable de su ejercicio del derecho a la jurisdicción.

Quinto: En efecto, la jurispru-

dencia de esta Sala ha distinguido a los fines de reconocer legitimación (otras veces dice «acción», concepto equivalente según la teoría abstracta o concreta que se profese del derecho de accionar) entre la que tienen los herederos legitimarios y la que corresponde a los herederos voluntarios, o simplemente *ab intestato*. Mantiene así la sentencia del TS de 3 abr. 1962 que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 ene. 1950, que como resulta de lo declarado en SS 11 oct. 1943 y 12 abr. 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius,* sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión. En lo que concierne al heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante, al reducirse el negocio afecto a ese vicio a una mera apariencia, que lo priva de todos sus efectos y obsta a la posibilidad de confirmación, pues como proclama la S 29 nov. 1958, siguiendo la doctrina de las de 30 jun 1931, 19 may. 1932 y 25 jun. 1946, si es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expreso llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria resulta evidente que pueden ejercitar las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius* que no se extinguen por su muerte según el art. 659, y suceden en toda la titularidad, que el óbito no termina, como lo expresa el art. 661 del propio Cuerpo legal, doctrina conforme con la de la S 23 may. 1956 en la que se advierte: 1.º Que el contrato es inexistente, no produce efecto alguno y, por tanto, no liga a los contratantes a su cumplimiento. 2.º Que tal nulidad total no se exige por las prescripciones de los arts. 1.300 y siguiente, que se refieran a los contratos anulables. 3.º Que, en consecuencia, no limita a los contratantes obligados el derecho a la impugnación. 4.º Que, por el contrario, sin llegar al extremo de ser pública la impugnación, según doctrinalmente pudiera sostenerse y la reiterada doctrina de casación reconoce, puede ejercitarla quien tenga interés en ella. 5.º Que éste es indiscutible en el heredero

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la vendedora, privado de la herencia por simulación, interesado en establecer la verdad jurídica para entrar en su disfrute. Que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante, según resulta del art. 1.302 CC y por consiguiente no habérseles podido transmitir *mortis causa,* y en este sentido debe entenderse la sentencia de esta Sala de 30 jun. 1994 en que se declara que, para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos, no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisprudencial, esto es, que ese titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, no siendo parte legítima en los autos el heredero voluntario, por falta de interés jurídico para accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de la causante que ésta transmitió por acto real de libertad encubierto con causa onerosa de compraventa, pues lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante, que necesita ser definido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor, porque no teniendo aquélla herederos forzosos, ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa,* y la posición jurídica de su hermano, como heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprometido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante, siquiera fuera por acto de liberalidad disfrazada con causa onerosa en las escrituras de compraventa y en su propio testamento. Esta última doctrina la repite la sentencia del TS de 22 abr. 1963. Y, muy concretamente, en un caso aparentemente similar al presente, la sentencia del TS de 21 mar. 1964 que acogió la falta de legitimación en los siguientes términos: la Sala sentenciadora, con certero criterio, acogió el medio defensivo invocado por el entonces apelante de falta de legitimación activa de la adversa, o sea, la carencia de derecho de pedir (falta de acción civilística o material) y al hacerlo así no cabe duda tuvo presente que los herederos voluntarios, como lo son los sobrinos de un causante fallecido intestado, no pueden impugnar los negocios jurídicos contractuales, concluidos por éste con otro heredero de la misma clase, pues que sólo ostentan a la herencia simples esperanzas, más o menos remotas a la sucesión de su colateral, sin posibles medios de garantías jurídicas al resultar defraudadas tales posibilidades de alcanzar lo que se desea, que no cabe confundir con las expectativas en el grado de desarrollo de los derechos subjetivos; por eso, este Tribunal tiene declarado que la posición jurídica del heredero voluntario la impone el acatamiento a la voluntad real y verdadera de enaje-

nar que tuvo el causante siquiera fuera por acto de liberalidad y disfrazada con causa onerosa en el documento de compraventa (SS 10 jun. 1944 y 3 abr. 1962). Esta distinción es de nuevo remarcada por la jurisprudencia en sentencia del TS de 14 nov. 1986: la necesidad de que haya de discriminarse si la acción aquí ejercitada por los herederos del Sr. O.P. afecta a una situación de simulación absoluta o relativa, ya que de ello dependerá su legitimación o falta de la misma, habida cuenta de que sucesores de su causante en todos sus derechos y obligaciones —arts. 659 y 661 CC— y asistiéndoles como continuadores de su personalidad la facultad de ejercitar las acciones que al mismo correspondían, es indudable la que competía a su dicho causante para postular la ineficacia de un contrato con tacha de simulación absoluta, dada la nulidad radical del mismo al no incurrir alguno de los requisitos que para su existencia exige la preceptiva contenida en el art. 1.261 CC, por no ser obstáculo para ejercitar la pretensión que el que la formulara hubiera sido uno de los contratantes, no sucediendo así, por el contrario, si concurre supuesto de simulación relativa, en el que sí se demuestra que aunque la causa expresada en el contrato no correspondiera a la realidad, el mismo estaba fundado en otra verdadera y lícita, pues en este supuesto no asiste acción para impugnarlo al heredero forzoso que por la transmisión patrimonial operada no haya sido perjudicado en sus derechos legitimarios, que es, en definitiva, el fundamento que sirve de apoyo al fallo de la sentencia recurrida, pero sin discernir, como era obligado, si se enfrentaba con un caso de simulación absoluta o relativa. Mas todos estos supuestos no hacen acepción entre negocio jurídico disimulado válido y negocio jurídico disimulado también nulo (como el simulado que le servía de aparente cobertura). Y esto es lo que acontece en el caso que se somete a debate, pues ocurre que la donación en cuestión no consta en escritura pública, razón que anula su viabilidad. Dice así la sentencia del TS de 27 sep. 1989, que el principio espiritualista o de libertad de forma, que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.258 y 1.278 CC), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento *(ad probationem),* sino para su existencia y perfección *(ad solemnitatem, ad substantiam, ad constitutionem).* Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el art. 633 CC, precepto que, de manera pacífica, reiterada y uniforme, ha venido interpretando esta Sala —SS jun. 1932, 13 mar. 1952, 13 may. 1963, 1 dic. 1964, 25 jun. 1966, 9 jul. 1984, 15 oct. 1985, 30 abr. y 22 dic. 1986, 14 may. y 10 dic. 1987, 26 ene. y 24 jun. 1988, entre otras muchas—, en plena coincidencia, por otro lado, con el cirterio de la doctrina científica, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tiene validez, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren (que es el aspecto que aquí nos interesa) si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación (pura y simple, onerosa, remuneratoria) siempre que se refiera a bienes raíces, como así lo tiene dicho esta Sala en S 1 dic. 1964, cuando expresa que «el contrato de donación, sea puro y simple u oneroso o modal, no se rige por el principio de libertad de forma que consagra, como regla general, el art. 1.278 CC, sino que tiene sus normas propias contenidas en el art. 633 de dicho Cuerpo legal, el que categóricamente ordena que para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario», habiendo, por otra parte, las SS 13 marz. 1952 y 25 jun. 1966 declarado también que la posesión de inmuebles donados por documento privado carece, incluso, de idoneidad para posibilitar la adquisición del dominio de los mismos por usucapión, al no tratarse de una posesión en concepto de dueño. Esta circunstancia determina que también los herederos *ab intestato* (o voluntarios) en cuanto impugnantes de un negocio jurídico que tanto en su faceta simulada, como en cuanto a la que se afirma disimulada por la sentencia recurrida es nulo desde cualquier perspectiva, tenga legitimación o dispositividad procesal para vincular al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia de fondo de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

3. LA PRUEBA

Dos notas en torno a la prueba de confesión: la absolución de posiciones por medio de un apoderado distinto del representante legal y la facultad judicial de permitir a unos confesantes declarar en presencia de los otros.

STS Sala 1.ª de 27 de marzo de 1995.

Fundamentos de derecho

Quinto: Como el motivo segundo, con apoyatura procesal también en el art. 1.692.4 LEC (en su redacción actualmente vigente), aparece formulado con carácter subsidiario, sólo para el supuesto de que fuera desestimado el primero y dicha desestimación se ha producido, hemos de proceder al examen del mismo, en el cual se denuncia textualmente «infracción de la prohibición de la indefensión que proclama el art. 24.1 CE que se invoca directamente como fundamento de este motivo de casación al amparo del art. 5.4 LOPJ». En su alegato se denuncian una serie de su-

puestos quebrantamientos de formas procesales, a los que más adelante nos referiremos. Al final del referido alegato se hace la insólita manifestación siguiente: «...se articula con carácter subsidiario el presente motivo de casación, por vulneración de la prohibición de indefensión proclamada en el art. 24.1 CE, al objeto de que sea debidamente valorada la infracción constitucional producida y, con el carácter subsidiario que se formula su denuncia, para el supuesto de no estimarse el primer motivo del presente recurso, mediante la estimación del presente se revoquen las condenas en costas impuestas en la primera y segunda Instancia en razón de la referida restricción del derecho de defensa y la consiguiente situación de indefensión a que se refiere el presente motivo».

Lo hasta aquí expuesto nos obliga a hacer ya las imprescindibles puntualizaciones previas siguientes: 1.ª El «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión a la parte», tiene un cauce procesal propio y específico de denuncia, que es el del inciso 2.º del ordinal 3.º del art. 1.692 LEC (que acabamos de transcribir), no del ordinal 4.º de dicho precepto (en su redacción hoy vigente), que es el aquí utilizado, y para la formalización del mismo basta con dar a conocer las infracciones procesales que se estimen cometidas y acreditar el cumplimiento del requisito que se establece en el art. 1.693 de la citada Ley rituaria civil, sin que sea necesaria la invocación, de la que tan frecuentemente se abusa, del art. 24 CE, pues el referido motivo casacional ya contempla y sanciona la producción de toda situación de indefensión por tal causa. 2.ª El referido motivo, correctamente utilizado, que aquí no lo ha sido, tiene por finalidad institucional única y exclusiva la de que, caso de ser estimado, se mande «reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta» (art. 1.715.2 LEC), pero la hipotética estimación del mismo en ningún caso puede producir, como resultado casacional, la revocación del pronunciamiento que la sentencia recurrida haya hecho en cuanto a las costas de primera y segunda instancia, por lo que al ser esta última la única y exclusiva finalidad con que, de forma tan sorprendente, como inaudita, se formaliza el presente motivo (según se dice expresamente al final de su alegato, que antes hemos transcrito literalmente), ello sería razón suficiente para proceder a la desestimación del mismo, sin necesidad de otro tipo de razonamientos.

Hechas las dos anteriores e imprescindibles puntualizaciones previstas, y no obstante lo que en ellas (sobre todo, en la segunda) acaba de decirse, se va a proceder al examen de los tres supuestos quebrantamientos de forma que el recurrente dice denunciar.

El primero de ellos es el que hace referencia a que en la prueba de confesión judicial de la codemandada entidad mercantil Difusora de Información P., S.A., las posiciones para ella formuladas no fueron absueltas por el representante legal de la misma, sino por un

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

apoderado de éste. El motivo ha de fenecer, en lo que respecta a este primer supuesto quebrantamiento de forma que se dice denunciar, pues así como en la prueba de confesión judicial de las personas físicas, cuando las posiciones no se refieran a hechos personales del confesante, se admite la absolución de tales posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos (art. 588 LEC), cuando de la confesión judicial de una persona jurídica se trate, la misma *ratio legis* existe para que cuando el representante legal de la misma no conozca los hechos objeto del pleito, sobre los que lógicamente han de versar las posiciones que se formulen, pueda otorgar poder especial y suficiente para que la absolución la lleve a efecto otra persona (el apoderado) que conozca los hechos, como ocurrió en el presente caso, aparte de que, aun cuando no concurriera la razón anteriormente dicha, par que pudiera ser estimado ese supuesto quebrantamiento de forma, como cualquier otro, es requisito ineludible que se pida la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido y que, de haberlo sido en la primera, se reproduzca en la segunda (art. 1.693 LEC), lo que pudo hacerse en segunda instancia, pidiendo que prestara confesión judicial el propio representante legal de la referida entidad mercantil, para lo que no se requería siquiera pedir el recibimiento a prueba (art. 863 LEC), cuya subsanación no fue pedida en dicha segunda instancia.

El segundo de los supuestos quebrantamientos de forma que aquí denuncia el recurrente es el atinente a que, en la prueba de confesión judicial, estuvieron presentes los tres codemandados (autor del artículo periodístico, director de la revista y apoderado del representante de la entidad editora de dicha revista), mientras cada uno de ellos iba absolviendo sus posiciones, lo que entraña, según el recurrente, una infracción del art. 590 LEC. Tampoco puede tener favorable acogida el motivo en lo que atañe a este segundo supuesto quebrantamiento de forma, pues el referido precepto que invoca el recurrente se refiere expresamente al caso de que dos o más litigantes hayan de declarar sobre unas mismas posiciones, para que no puedan enterarse previamente del contenido de las mismas, pero carece de aplicación cuando los confesantes han de declarar sobre posiciones distintas y específicamente formuladas para cada uno de ellos, como ocurrió en el presente caso (folios 135 a 141 de los autos), siendo la prudencia y el buen sentido jurídico del Juez, que forzosamente ha de presidir el acto de confesión judicial y que previamente ha de conocer el contenido de las respectivas posiciones, los que han de determinarle a decidir si los confesantes han de mantenerse apartados o no, mientras cada uno de ellos presta declaración acerca de sus respectivas posiciones, por lo que si en el presente caso no lo hizo, ha de entenderse que estimó que, al ser distintas las posiciones formuladas para cada uno de los tres confesantes, no existía inconveniente alguno en que los tres estuvieran presentes en dicho acto y absolvieran

sus respectivas posiciones en presencia de los otros.

El tercero y último de los supuestos quebrantamientos de forma que dice denunciar, lo hace consistir el recurrente en que el MF, en el informe oral que emitió en el acto de la vista y en la nota escrita que presentó como complemento de dicho informe, introdujo hechos nuevos, viene a decir el recurrente, que no habían sido objeto de debate en el proceso. El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al motivo, en lo que atañe a este último quebrantamiento de forma que se dice denunciar, no sólo porque, cuando se celebra vista pública en un proceso, el informe debe ser únicamente oral, con exclusión de cualquier nota escrita, sino porque el MF, en defensa de la legalidad, así como los Letrados, en defensa de los respectivos derechos de sus patrocinadores, pueden hacer, a través de su informe oral en el acto de la vista pública, las manifestaciones que tengan por conveniente y que el Juez que presida el acto les permita, siendo luego dicho órgano judicial el que, al dictar sentencia, habrá de prescindir en absoluto de aquellas manifestaciones del informe oral que extravasen los hechos objeto del proceso, por así exigírselo el principio imperativo de la congruencia (art. 359 LEC).

Inviolabilidad de domicilio y ausencia del Secretario Judicial en el Registro.

STS Sala 2.ª de 13 de marzo de 1995.

Fundamentos de derecho

Octavo: Acabadas las discrepancias suscitadas en los casos, aquellos en los que la diligencia judicial habíase practicado sin la presencia del Secretario Judicial, antes de la LO 30 abr. 1992, ha quedado claro doctrinalmente que el registro practicado sin esa asitencia incumple lo prevenido en el art. 569 procedimental, razón por la cual se produce una diligencia procesalmente invalidada, carente de los efectos probatorios que habrían de derivarse normalmente de la misma. Mas tal irregularidad afecta sólo a la diligencia concreta en la que el defecto se exterioriza, pero ello no significa que se tengan que «contagiar» el resto de las diligencias judiciales, si las exigencias aplicables a las mismas se hubieran cumplido, las que en base al principio de conservación de los actos del art. 242 LOPJ han de mantener los efectos que les son propios, ni menos aún que se haya de impedir que los datos que pretendían probarse por el registro irregular no puedan ser acreditados por otra actividad probatoria, de la que en cierto modo han de excluirse las declaraciones de los Agentes de la Autoridad protagonistas de la diligencia del registro ineficaz, no los testigos neutrales asistentes a la misma ni otros medios de prueba hábiles, entre los que cabe considerar a las Fuerzas de Seguridad no comprendidas en el supuesto

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

anterior, o la confesión de los acusados o coimputados (SS 15 abr., 24 jun., 15 sep. y 23 nov. 1993 y 1 mar. 1994).

El problema ha de analizarse desde la doble perspectiva de la legalidad constitucional y de la legalidad ordinaria. Porque el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se verá directamente afectado cuando el registro se haya practicado fuera de los supuestos del art. 18.2, en tanto que si la diligencia se desarrolla únicamente con la infracción de otros requisitos procedimentales, por muy trascendentes que sean, se propiciarán otros efectos distintos de la vulneración del derecho. Hay que distinguir (SS 28 ene. y 18 mar. 1993) entre los casos en los que por faltar la autorización judicial se perturba de alguna manera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito legítimamente, no se lesiona de manera grave el derecho constitucional aun cuando en la realización del acto judicial se incumplan normas procesales reguladoras de la forma en que la diligencia ha de llevarse a efecto. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita la prueba obtenida porque se ha vulnerado un derecho constitucional. En el segundo el acto es irregular y nulo, sin efecto probatorio alguno. En la ilicitud del acto procesal, como contrario a la Constitución, tal ilicitud se comunica a todo el proceso y fundamentalmente a los futuros actos procesales que del acto ilícito traigan causa, de modo que la prueba ilícita ni puede ser tenida en cuenta ni puede ser convalidada por diligencias posteriores. En cambio, cuando el acto es irregular, como quiera que se desenvuelve dentro de lo que son infracciones de legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí, mas sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios, dentro del contexto de lo que al principio de este razonamiento se dijo, incluso de «sanar» aquel efecto negativo con la práctica de otras diligencias de la instrucción o del plenario. Quizás sean los mismos efectos, pero desde luego en el caso de la infracción constitucional las consecuencias son más amplias, más rígidas, más insolubles.

Noveno: En el supuesto presente se practicaron registros domiciliarios, los de Madrid, sin Secretario Judicial cuando su intervención era inexcusable, siendo en cambio válidos los registros practicados fuera de dicha capital porque a ellos asistió el fedatario público señalado o porque tuvieran lugar en un vehículo de motor sin necesidad entonces de tal presencia (ver las SS 28 abr. y 13 oct. 1993 y 7 feb. 1994 y 24 en. 1995).

En conclusión, para determinar si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia como consecuencia de unas diligencias nulas por infracción de un derecho fundamental o ineficaces por infracción de normas procesales, se hace preciso examinar, con mayor o menor amplitud, otras pruebas válidas (ver la STC 14 mar. 1994).

Los motivos se han de desestimar. En primer lugar porque no se propició, conforme a lo expuesto, la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que viene

denunciada. Y en segundo lugar porque existen otras pruebas válidas como mínima actividad probatoria.

Hay que advertir que una actividad criminal tan compleja como la que ahora se enjuicia, llevada a cabo con detenida preparación y meticulosidad, puede dar lugar a lagunas fácticas, a oscuridades probatorias o incluso a contradicciones, nada de lo cual importa si, cual aquí acontece, lo fundamental aparece acreditado con suficiencia. Como se ha dicho antes, las manifestaciones de los coimputados, en mayor o menor medida, las declaraciones de los Policías Judiciales, al margen de los que intervinieran en los registros ineficaces, y la droga contenida en el vehículo de motor citado en el relato histórico, como dato objetivo trascendentalmente relevante, ponen en evidencia las reuniones, los viajes, los pagos efectuados, la convivencia en el mismo domicilio, el transporte de la heroína, el alquiler del automóvil y, en conclusión, las idas y venidas de quienes, así consta, desarrollaban una intensa actividad delictiva que les facilitaba el bienestar económico con que sus respectivas viviendas se proyectaban.

Las pruebas no contradicen, antes al contrario, la existencia de la organización y de la jefatura o dirección de la misma. La organización supone todos aquellos supuestos (SS 14 feb. 1995 y 3 may. 1994) en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la acción criminal, mas sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente. Ese amplio concepto de la agravante viene siendo asumido, pacíficamente, por la doctrina de esta Sala 2.ª, acogiéndose en base a la misma a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Por eso se ha dejado dicho que ahora no se traslada tal consideración a quienes, quizás benévolamente, fueron apartados de esa agravación.

Únicamente ha de tenerse presente, para la vivencia del subtipo, que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional «consorciabilidad para el delito». Naturalmente que la organización, como aquí acontece, va acompañada de una cierta jerarquización con una distribución obligada de cometidos y tareas. Si la organización en ese sentido no puede ofrecer duda alguna, menos aún la ofrece la identificación del acusado como director o gestor del «negocio» que la propia coacusada manifiesta y patentiza.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO PROCESAL DE LA CONCURRENCIA DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA FAVORABLE A LA FILIACIÓN RECLAMADA, APORTADO CON LA DEMANDA.

STS Sala 1.ª de 7 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El motivo primero, acogido al ordinal 4.º (en su redacción vigente al tiempo de la formalización del recurso) art. 1.692 LEC, alega infracción de los arts. 1.249 y 1.253 CC en relación con las presunciones y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias que cita, en relación con los arts. 135 y 127 CC.

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que la prueba de presunciones permite distinguir unos hechos que sirven de base a la presunción y unas deducciones o consecuencias derivados de aquéllos; que los hechos pueden acceder a casación al combatirlos por el cauce del núm. 4.º (hoy derogado del art. 1.692), por error en la apreciación de la prueba y que las consecuencias (los hechos deducidos), concatenadas de modo preciso y directo según las reglas del criterio humano, pueden acceder por el cauce del núm. 5.º (hoy núm. 4.º) art. 1.692 (infracción de las normas del ordenamiento o jurisprudencia); asimismo tenía declarado esta Sala que la impugnación de la base fáctica de la presunción por el hoy derogado cauce procesal del error en la apreciación de la prueba exigía la cita del art. 1.249 CC, lo que vedaba la alegación conjunta de este precepto y del art. 1.253 en un mismo motivo.

En la extensa argumentación del motivo se plantean diversas cuestiones que, si bien están relacionadas con la actividad valorativa de los diversos medios de prueba obrantes en autos, no tienen mayor relación con la prueba de presunciones que se dice atacar, por lo que debieron ser objeto de motivos separados. Entre tales cuestiones se encuentra la relativa a la existencia o no de una negativa real y efectiva del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica, sosteniéndose en el motivo la tesis de que no existió tal negativa al no venir obligado el demandado a tal sumisión al no haberse aportado con la demanda ni un solo principio de prueba como exige el art. 127.2 CC. Dice la S 3 dic. 1991 que «en verdad si se atiende a la dicción del art. 127 CC es forzoso sostener, conforme a una interpretación ponderada de las reglas que contiene, en la que se valora el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ) que el fundamento capital del citado dispositivo es el consignado en el párrafo primero que proclama la admisión de la investigación de la paternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, como trasunto de la regla establecida en el último inciso art. 39.2 CE ("la Ley posibilitará la investigación de la paternidad"); de aquí se sigue que el requisito procesal del párr. 2.º constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca

una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la CE. Desde esta perspectiva, debe propugnarse, como más concorde con nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierte en elemento formal de rechazo la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado "principio de prueba" a la demanda, bastando con que se presente o muestre (mostrar es sinónimo de presentar) con la demanda (no necesariamente en escrito aparte), o sea, en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir, al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda»; doctrina que ya había sido expresada en SS 12 nov. 1987, 21 dic. 1989 y 19 ene. 1990 y se reitera en S 20 oct. 1993. En el presente caso la verosimilitud del relato fáctico que sirve de apoyo a la pretensión actora surge de los documentos aportados con la demanda, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, no puede ampararse la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas en la indebida admisión a trámite de la demanda que infundadamente se alega por el recurrente.

Virtualidad probatoria del atestado.

STC Sala 2.ª 157/1995 de 6 de noviembre.

Fundamentos de derecho

Tercero: A la luz de lo dicho hay que analizar lo actuado en el juicio de faltas a lo largo de sus dos instancias. En la primera, en el acto de juicio, depusieron los dos acusados con otros intervinientes en el accidente y hubo además un dictamen médico sobre el alcance y secuelas de las lesiones padecidas por el demandante de amparo, medios probatorios adecuados al caso y suficientes en principio. En la práctica de todos ellos, los acusados, los testigos y el perito estuvieron sometidos al interrogatorio cruzado de las partes en audiencia pública, respetándose, por tanto, los principios procesales de contradicción y de inmediación con oralidad y en la audiencia pública, que son también exigencias constitucionales (art. 120 CE). En concreto, quien ahora solicita nuestro amparo fue interrogado en estrados pudiendo explicar cómo se produjo el accidente con su versión personal, más favorable a su defensa que los demás materiales recogidos en las actuaciones.

En último lugar ha de situarse el atestado que extendió la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, cuyos autores no fueron llamados a juicio para ratificarse en su contenido. En este punto es forzoso un alto en el camino con el fin de poner en mutua y directa relación tal circunstancia y nuestra doctrina. Este TC ha explicado, desde su TC S 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador, para conseguir así, en su caso, la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados mediante el contacto directo con los elementos utilizados. La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica, a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación de su autor, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 LECrim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria, siquiera mediata. No cabe negársela para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la CE exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado.

Pues bien, la circunstancia de que los autores del atestado no fueran llamados a ratificarse no puede ocultar el hecho de que era conocido y pudo ser criticado, como lo fue, en el acto de la vista, sin que nadie negara su autenticidad. Tan sólo se discrepa de sus conclusiones que a unos les encaminan a la culpabilidad, mientras que el demandante de amparo extrae una versión opuesta. En efecto, no niega su participación en el accidente, sino que da otra explicación de cómo se produjo. La circunstancia de que ésta sea más o menos plausible no puede prevalecer, en nuestro sistema judicial, sobre la convicción del juzgador. En definitiva, el atestado equivale, en principio, a una denuncia (art. 297 LECrim.), pero también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 LECrim. han de ser calificados como declaraciones testificales. Es claro que hay partes de ese atestado, como pueden ser los croquis sobre el terreno y las fotografías en él obtenidas, entre otras (que sin encajar exactamente en el perímetro de la prueba preconstituida o anticipada pueden ser aprovechables como elementos de juicio coadyuvantes). Ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias.

Así ocurre, en el presente caso, con las huellas de frenado y con la localización de los desperfectos en los vehículos implicados, que la AP menciona, junto con el contenido de las declaraciones de ambos conductores y de los ocupantes de uno de aquéllos, como uno de los elementos de juicio a tener en cuenta.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

VALOR PROBATORIO DEL ACTA NOTARIAL.

STS Sala 3.ª de 2 de febrero de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: El único fundamento alegado por el recurrente en el escrito de interposición de recurso para mantener su pretensión, es el de que los acuerdos de la Junta General y de Gobierno de los Colegios de Abogados son inmediatamente ejecutivos, de conformidad con el art. 94 RD 2990/1982 de 24 jul., por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, reproduciendo, casi de forma literal, el argumento esgrimido en su escrito de demanda.

Ante tal argumentación ha de señalarse que, como bien dice el Tribunal *a quo,* en el presente recurso existen dos aspectos fundamentales a considerar: uno procesal, relativo a la acreditación del hecho de haber estado el recurrente en suspenso en el ejercicio de la abogacía durante el período que señala, 17 jul. 1987 a 17 de noviembre siguiente, lo que a él le corresponde acreditar, conforme al art. 1.214 CC, y otro sustantivo, que se concreta en si puede o no cumplir privadamente una sanción sin control colegial.

En relación con la primera cuestión el demandante, hoy recurrente, aporta, con prueba documental, en la instancia, un acta notarial, de fecha 4 jun. 1990, en la que se recogen las manifestaciones de D. Francisco Javier D.M., D.ª M.ª Concepción R.C. y D.ª Paula Vicenta M.G. que manifiestan que son empleadas del despacho sito en la C/. Fernando el Católico, del que es titular el Abogado D. Doroteo L.R., y que, desde el día 16 jul. 1987 al 16 noviembre del mismo año, el citado letrado no tuvo intervención alguna en dicho despacho, no apareciendo por el mismo durante dicho período de tiempo.

Igualmente, en la citada acta notarial, se recogen las manifestaciones de D.ª M.ª Elvira M.P. en sentido de que, durante el período comprendido entre el 16 jul. y 16 nov. 1987, como Letrada en ejercicio, se hizo cargo de todos los asuntos pendientes del Abogado D. Doroteo L.R.

Conviene recordar en este punto que el acta notarial, en cuanto es extendida por un fedatario público, sólo hace fe de lo que acontece en presencia del citado fedatario y por tanto lo único que en este caso acredita es que ante el mismo se hicieron las manifestaciones que en el acta se recogen, pero carece de valor probatorio alguno en cuanto a la veracidad del contenido de tales manifestaciones; por tanto su valor probatorio, desde este punto de vista, como prueba documental, es nulo en lo que se refiere a la cuestión que ahora nos ocupa.

Del mismo modo, las manifestaciones recogidas en el acta notarial no pueden ser consideradas como prueba testifical por cuanto no se han practicado con las garantías ni en la forma prevista en el art. 637 y ss. de la LEC, aplicable con arreglo a la disp. adic. 6.ª LJCA.

Lo anterior nos lleva, necesariamente, a tener por no probado el efectivo cumplimiento por el demandante de la sanción que en su día le fue impuesta por la resolución del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid objeto de recurso.

VALIDEZ DE LAS DECLARACIONES PRESTADAS SIN PRESENCIA DE ABOGADO POR LOS QUE LUEGO FUERON IMPUTADOS EN EL PROCESO.

STS Sala 2.ª de 18 de enero de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por obvias razones metodológicas, procede examinar en primer término el séptimo motivo de impugnación, en el que al amparo del art. 24.2 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ, se alega que las declaraciones de los coimputados prestadas sin la presencia de Abogado, deben considerarse nulas y carentes de cualquier trascendencia probatoria. El motivo es improsperable. Es evidente que las declaraciones de los coimputados llevadas a cabo sin intervención de Letrado, no pueden ser tomadas en consideración. Ahora bien, en el caso que se examina, los dos coimputados inicialmente ni estuvieron detenidos, ni siquiera aparecían como imputados, y por tanto, no podía ser preceptiva la asistencia de Abogado, por cuanto que aquéllos ni se hallaban detenidos, ni tampoco se les había inculpado. Y así, además, tales declaraciones se ratificaron después en el juzgado, y en el acto del juicio oral, es obvio que tales manifestaciones, son válidas a efectos de enervar la presunción de inocencia, si no existen razones objetivas que hagan dudar de su veracidad, por responder a sentimientos reprobables como el odio, la revancha, la enemistad o el ánimo exculpatorio, todo lo que no se evidencia en las manifestaciones de aquéllos, máxime cuando existen otras pruebas, tales como las declaraciones testificales, la certificación de las Intervenciones de Hacienda y las actas levantadas, que indican el importe real correspondiente por el concepto de ITE e IRPF en el ejercicio económico a que se refiere, así como la cantidad abonada oficialmente distinta de la que con anterioridad habían entregado los dos coimputados al acusado bajo el pretexto de tener un beneficio fiscal, entregas que directa o indirectamente están suficientemente acreditadas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA DE PERSONAS NO IMPUTADAS O DE TELÉFONOS PÚBLICOS NO VULNERA EL ART. 18 DE LA CE.

STS Sala 2.ª de 3 de junio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Con posterioridad a la resolución judicial han de tenerse presente otras exigencias, como se acaba de decir, que permitan incluir tales escuchas en el acervo probatorio común, lo que únicamente acaecerá si las mismas, tras realizarse legal y constitucionalmente, se hacen llegar «para la íntima convicción de los jueces» una vez que garantemente se revisen y analicen en el juicio oral. Por eso el control judicial de la medida, su limitada duración, la obligada custodia por el Secretario Judicial una vez que las cintas se entregan oficialmente, y finalmente la transcripción literal y gráfica, en su caso la audición de las conversaciones, con el refrendo pericial preciso si a ello hubiere lugar.

En el caso de ahora el recurrente, condenado que fue por sendos delitos contra la salud pública y de contrabando, interpone un primer motivo de casación que basa en el art. 5 LOPJ en relación con el art. 18.3 CE, pues estima vulnerado el derecho en este precepto acogido. En realidad su reclamación contiene dos circunstancias distintas o dos denuncias concretas. La intervención de un primer teléfono, sin autorización judicial, respecto a quien no aparece después mencionado ni como testigo ni como inculpado, así como también la posterior intervención telefónica, derivada de la anterior grabación, llevada a efecto en cuanto a una testigo importante de alguna manera involucrada en las actuaciones. Actuaciones que, concisamente, se refieren a la introducción, vía aérea, de más de un kilo de cocaína pura escondido en el abdomen de un perro, previa operación practicada en Colombia, que se guardaba, dentro de la sección de equipajes, en una jaula adecuada para ello, siendo así que el acusado, único de los tres condenados que ha recurrido la resolución de la instancia, se dio a la fuga en el Aeropuerto de El Prat de Llobregat cuando supo que el plan había fracasado, abandonando el vehículo con el que acudió al mismo con objeto de hacerse cargo, junto con otro de los acusados, del susodicho animal que en el vuelo procedente de Madrid traía la tercera de los condenados.

De antemano ha de indicarse, conforme a la doctrina asumida por el propio TC (S 14 mar. 1994), que la imposibilidad de admitir en el proceso la prueba obtenida violentando un derecho fundamental, no sólo deriva directamente de la nulidad de los actos que infringen los derechos reconocidos en el Cap. II Tít. I CE, en el plano de la legalidad constitucional, sino también en el entorno de la legalidad ordinaria, de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ. Una vez acreditada la vulneración se hace preciso examinar si, fuera de los elementos de prueba contenidos en tales conversaciones telefónicas o directa e inmediatamente derivados

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de ellas, hubo en las actuaciones judiciales otras pruebas válidas que acrediten la participación responsable del acusado.

Cuarto: De un lado, con apoyo en la interpretación lógica que impone el art. 579 procedimental, no obstante su pésima redacción, así como también la defensa de los intereses generales, una vez observadas las prevenciones antes repetidas, nada se opone a la intervención telefónica de personas no imputadas, o incluso teléfonos públicos, si existen elementos de juicio suficientes por parte del juez para concluir que directa o indirectamente puede ser dicho teléfono utilizado por el procesado o imputado, también si a través de tal teléfono, incluso con participación de su titular no imputado, pueden obtenerse datos esenciales que ayuden a la investigación, doctrina por supuesto no extensible por lo común al caso del abogado del inculpado, por razones obvias que la trascendencia del derecho de defensa evidencian. Llegar en aquellos casos a la conclusión contraria supondría cercenar gravemente la investigación cuando se trata de criminales responsables que, antes de utilizar sus propios teléfonos, actúan a través de intermediarios, conscientes o inconscientes, de muy diversa naturaleza. Así la S 25 jun. 1993 se refiere a la intervención de teléfono usado habitualmente por la persona indiciariamente implicada, aunque no sea su titular.

El teléfono que se dice ahora ilegalmente intervenido corresponde a una mujer, testigo, ciertamente inmersa en el mundo del acusado y en el entorno de un ambiente cuando menos dudoso como dudosa es su propia conducta. Testigo que, por otra parte, no sólo reconoce su intervención en las conversaciones grabadas tras facilitar datos gravemente incriminatorios, sino que además nada ha objetado a la medida que con su teléfono se acordó. Carecen después de fundamento las alegaciones que en este sentido se articulan en la denuncia casacional.

En cuanto a la primera Intervención telefónica es verdad que se refiere a persona que resulta después desconocida en las diligencias; también lo es que no aparece la correspondiente autorización judical para aquella vigilancia. Mas no es menos cierto que las diligencias judiciales de la instrucción aparecen lamentablemente tramitadas, sin orden y sin claridd. Por eso que el referido auto judicial no se encuentre entre lo foliado, pues carece de sentido que la Guardia Civil se atreva a remitir la transcripción de las conversaciones anotadas en cuanto a un teléfono si éste no hubiera sido antes intervenido judicialmente. En cualquier caso hay dos anotaciones importantes que hacer.

1) Resulta cuando menos atrevido aseverar que la segunda de las intervenciones, autorizada por el juez y con referencias serias e importantes contra el recurrente, fue consecuencia del contenido telefónico obtenido en la primera escucha cuya autorización no consta adecuadamente.

2) El núcleo de la investigación aquí llevada a término no se inicia con las tan repetidas intervenciones, sino con la aprehensión de la cocaína y la detención ini-

cial de los acusados no recurrentes, acaecida en el Aeropuerto señalado, acción ésta que se constituye en causa desencadenante de todo lo después acontecido, aunque algunas veces sea con recíprocas interferencias, al obstaculizarse o entorpecerse unas y otras pruebas.

El motivo se ha de desestimar.

LA INCOMPARECENCIA A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA PUEDE SER VALORADA COMO INDICIO DE PATERNIDAD.

STS Sala 1.ª de 28 de noviembre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: En el caso, la conducta procesal de los demandados se puso de relieve, en cuanto concierne a su falta de colaboración para contribuir al esclarecimiento de la paternidad discutida, en el escrito de fecha 28 sep. 1990 —posición recogida en el A 11 oct. 1990— al manifestar: «Ello significa que no acudirán mis representados (el matrimonio demandado) a absolver posiciones, y que no se someterán a las pruebas periciales caligráficas, ni biológico-genéticas, así como tampoco se reconocerán los documentos ni se formularán repreguntas a los testigos». De acuerdo con lo expresado no se pudieron reconocer los documentos aportados (carta amorosa), ni probar su autoría por medio de la prueba pericial caligráfica, ni practicar la prueba de confesión a la que fueron citados por primera y segunda vez, ni por supuesto, llevar a efecto por su inasistencia, las pruebas biológicas correspondientes. Excusa aparente de tal actitud fue la alegación de los demandados de negar legitimación activa al demandante que afirma su condición de progenitor del menor, cuya filiación extramatrimonial frente a la matrimonial se reclama, excepción desestimada, tanto en primera como en segunda instancia. «Consecuente —decían los demandados en su escrito de 5 nov. 1990— con la postura jurídica mantenida por esta parte nuestros representados no han participado en la prueba del procedimiento, no se ha propuesto prueba por esta parte, o se ha participado en la propuesta por el actor, ni nos hemos sometido a la solicitada por dicho actor. «Ninguna duda cabe, pues, de la actitud obstruccionista de los demandados, dado que, en estos supuestos, en atención a la naturaleza del proceso y el interés público ya aludido que comporta, las reglas del *onus probandi* deben atemperarse a criterios de razonabilidad. Esta actitud produjo la infracción del art. 118 CE (*vide* también el art. 17.1 LOPJ) en cuanto manda a los ciudadanos que presten la colaboración requerida por los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso, y esta colaboración se niega, si no se facilita, como ha ocurrido con la conducta de los demandados, la investigación de la paternidad, principio también con rango constitucional, según establece el art. 39 del texto legal supremo.

Tercero: El motivo único del recurso de casación formalizado por el demandante considera infringidos los arts. 6.4. y 7.2 CC en relación con el art. 39.2 CE, junto con la doctrina jurisprudencial que cita, al amparo del art. 1.692.4 LEC. El núcleo del discurso argumentativo que emplea descansa en la equivocada valoración que la Sala de instancia realizó al estimar que, como el recurrente no volvió a solicitar el recibimiento a prueba en la segunda instancia, ha dejado sin elementos de juicio suficientes al órgano jurisdiccional, puesto que de las documentales aportadas y de la testifical practicada no se deducen los indicios precisos para configurar la prueba de la paternidad. Según el recurrente esta apreciación supone primar la obstrucción a la justicia y un ejercicio antisocial y abusivo de los derechos de los demandados, así como la expresión de una conducta que tiende a conseguir, mediante el fraude, la inaplicación de las normas relativas a la filiación. Los recurridos, en su escrito de impugnación, abundan en los razonamientos de la sentencia de segunda instancia, y sostienen que, efectivamente, al no haberse solicitado otra vez el recibimiento a prueba, no se acredita cuál hubiera sido la conducta que hubieran seguido en esa hipótesis.

Cuarto: Con mayor o menor fortuna en la fundamentación del motivo del recurso, lo que sí cabe colegir y en consecuencia establecer, es que ninguna necesidad habría de solicitar otra vez el recibimiento a prueba, con lo que se difiere del argumento que emplea la sentencia recurrida, puesto que el rotundo y claro anuncio de la conducta que al respecto siguieron con toda meticulosidad los demandados y recurridos excusaba por inútil una nueva petición, dado que el proceso no es un juego (mucho menos los que tienen un objeto como el presente) que permita a las partes a su arbitrio y con olvido del principio de buena fe (art. 11.1 LOPJ) actuaciones contradictorias, en pugna con el más elemental respeto al principio de los actos propios. La repetición de las pruebas tiene sentido cuando, por causas justificadas o dificultades surgidas para su práctica, no pudieron efectuarse, pero no cuando se ha manifestado una voluntad renuente a prestar la colaboración requerida. Si esto último ocurre —como en el caso que examinamos acontece—, la prueba debe tenerse por celebrada, aunque haya entonces que valorar consecuentemente la conducta procesal de la parte. Así lo establece la LEC: 1) la negativa a formar un cuerpo de escritura para el cotejo de letras, permite que se pueda tener por confesa a la parte, en el reconocimiento del documento impugnado (art. 608.4); 2) la segunda incomparecencia sin justa causa para confesar o el rehúse de la declaración permite tener por confeso en la sentencia definitiva (art. 593), y 3) no previene la ley una segunda citación para los supuestos de incomparecencia a la práctica de las pruebas biológicas, pero la conducta de los incomparecientes puede valorarse negativamente, según la jurisprudencia. Mas no se trata, en el caso que se examina, de suplir con nuevos formalismos los formalismos en que incurre la sentencia, ya que, en estos procesos, al imperar el principio de ver-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dad material sobre el de verdad formal, la valoración de las pruebas no cabe que se haga en función de criterios de predeterminación legal, y ni siquiera las reglas de la carga de la prueba han de observarse con criterios de automatismo en su distribución.

Quinto: Tiene razón el recurrente al vislumbrar que, por muy explicables, desde un punto de vista subjetivo, que sean las motivaciones que llevan a los demandados a negar todo tipo de colaboración, el Derecho no puede amparar estas conductas. En efecto, la actitud de los mismos comporta un ejercicio antisocial del derecho de defensa. El derecho de defensa, ínsito en el derecho a la jurisdicción que reconoce el art. 24 CE, no es un derecho ilimitado que justifique cualquier conducta, sino que su ejercicio ha de estar contenido dentro de unos límites normales, cuyo alcance depende, también, de la naturaleza del proceso en que tal derecho se ejercite. No es igual la valoración que debe hacerse de la obstaculización de la prueba en un asunto de interés exclusivamente privado, que incluso puede estar legitimada por el signo de la carga de la prueba que recae sobre el actor, que la que corresponde realizar en asuntos donde el interés público está presente, como ocurre en los procesos de filiación. En estos casos el ejercicio del derecho ha de tender a favorecer el descubrimiento de la verdad, sin que, desde luego, quepa sobrepasar manifiestamente sus límites con actos u omisiones como la negativa total a cooperar en el buen fin de las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes por la autoridad judicial, en perjuicio, según los términos objetivos de la ley y al margen de respetables sentimientos, del menor cuya paternidad se reclama. En consecuencia se acoge el motivo.

Sexto: La estimación del motivo comporta la casación de la sentencia recurrida y asimismo la recuperación de la instancia para resolver lo que proceda de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.715 LEC. Merecen, a juicio de esta Sala, credibilidad las declaraciones testificales que ponen de relieve el carácter amoroso y relativamente estable durante un período de tiempo, precedente al nacimiento del hijo, de las relaciones que existieron entre el demandante y la codemandada, período de tiempo que pudo permitir la concepción del hijo; asimismo, también, las manifestaciones de la madre, ante testigos, sobre la paternidad del hijo, coincidentes con la petición del actor. No pueden, a la hora de valorarse estos testimonios, con independencia de su examen, conforme a las reglas de la sana crítica, excusar su importancia so pretexto del parentesco o de la amistad con las partes, pues éste es el sentido que se desprende de la suavización de las «inhabilitaciones» para ser testigo del último párr. art. 1.247 CC en relación con la prueba del nacimiento o con hechos íntimos de la familia que no sea posible justificar con otros medios. La convicción que produce esta prueba testifical se refuerza con el contenido de la carta, adjuntada con la demanda que, aun cuando no fue formalmente reconocida, ni cotejada con la letra auténtica, por las vicisitudes ya analizadas, constituye un

valioso indicio que corrobora la habitualidad de las relaciones sexuales entre la pareja en aquella epóca. Estos documentos probatorios, junto con la infundada negativa a la práctica de las pruebas biológicas (negativa corroborada, además, por la incomparecencia tras la doble citación a confesar, que también supone un indicio), permite, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Sala, apoyar la convicción adquirida por este Tribunal acerca de la paternidad verdadera del hijo, convicción que, dada la actitud de los demandados, no puede más que sustentarse en pruebas indirectas, con todos los riesgos que ello comporta, pero también con toda la certidumbre que según el recto criterio humano resulta exigible. La valoración, en este orden, de la referida negativa resulta de numerosas sentencias de esta Sala (TS S 29 Abr. 1994, antre otras muchas) pues entraña un vehemente indicio de prueba que unido a las demás pruebas practicadas, de las que se desprende que hubo unión carnal en época apta para fecundar, lleva al órgano jurisdiccional (TS S 28 abr. 1994). En consecuencia, debe reconocerse y declararse la paternidad y la filiación extramatrimonial reclamada, con las demás consecuencias legales. Se imponen las costas de primera instancia a los demandados (art. 523 CC). No ha lugar a la imposición de las costas de segunda instancia. Las del presente recurso se satisfarán por cada parte las suyas.

4. LA SENTENCIA

EL CARÁCTER DE ÚNICA INSTANCIA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

STS Sala 3.ª de 21 de marzo de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El orden lógico de las cuestiones planteadas en el presente recurso de casación requiere abordar, en primer término, el motivo de inadmisibilidad del recurso invocado por la representación procesal del Ayuntamiento de Melilla.

A partir del texto del art. 58.3 LO 6/1985 de 1 jul., LOPJ, alega la parte recurrida que, en este precepto, la LOPJ, cabecera de grupo normativo en materia de organización y funcionamiento de los Tribunales, encomienda a la ley ordinaria la determinación de los casos en que procediere el recurso de casación contra las sentencias en única instancia de los Tribunales Superiores, pero limitándolos a los actos emanados de los órganos de la Administración del Estado y excluyendo, en consecuencia, los actos dimanantes de la Administración Local. Y hace notar que la redacción del art. 93 LJCA, operada por la L 10/1992 de 30 abr., al indicar la procedencia del recurso

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de casación contra las sentencias en única instancia de los Tribunales Superiores de Justicia, no excluye explícitamente los dirigidos contra actos de la Administración Local pero tampoco los incluye. En definitiva, según esta tesis, si se hubiera pretendido por el legislador la inclusión definitiva y permanente del recurso de casación contra sentencias referentes a actos de la Administración local hubiera sido indispensable la modificación del precitado art. 58 LOPJ mediante una ley de la misma especial naturaleza, mientras que si sólo se hubiera pretendido la admisión provisional del recurso de casación hasta que se llegue a la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se hubiera debido explicitar en una disposición transitoria.

Ante todo, la distinción que pretende establecerse entre regulación transitoria y regulación permanente para someterlas a diferente rango normativo está basada en criterios subjetivos desconectados del marco jurídico-constitucional. Ni de los preceptos constitucionales ni de los específicos de la LOPJ puede deducirse que la permanencia o transitoriedad de una regulación normativa sean determinantes de que deba a no estar revestida con el rango de ley orgánica. Es el contenido material de la Ley y no la transitoriedad explícita de su regulación lo que debe servir de módulo regulador, teniendo carácter subalterno y accidental el pretendido factor diferencial, que no impide el que leyes permanentes, sujetas como están a posible derogación, tengan más corto período de vigencia que normas transitorias que, no estando sujetas a límite temporal fijo, pueden extender su vigencia por tiempo indefinido.

Indica la STC 224/1993 de 1 jul. que, «aunque no existe en la doctrina una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en el término "constitución" de los Juzgados y Tribunales que el art. 122.1 CE reserva a la LOPJ, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo (...), la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso». Este cometido lo cumple el art. 9 LOPJ, de donde puede deducirse que, «sin perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada *in abstracto* por el legislador orgánico, cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes». Por consiguiente, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de la ley ordinaria a las previsiones de la ley orgánica, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la CE, resultan indisponibles para el legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las leyes orgánicas (art. 81.2 CE), de modo que la ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica (cfr. FJ 3.º).

Desde esta perspectiva dialéctica, el problema aquí planteado debe ser enjuiciado bajo un punto de mira que tome en consideración que las materias a las que alcanza

la reserva de ley orgánica deberán recibir una interpretación restrictiva (STC 160/1987); que las normas procesales no son normas de desarrollo del derecho a la tutela judicial, de aquellas a que se refiere el art. 81 CE, sino preceptos que regulan los cauces a través de los cuales el derecho ha de ejercerse (STC 22/1986); y, finalmente, que la norma cuestionada se inserta en un área jurídico-procesal que aparece fragmentada y condicionada por el incompleto desarrollo de las estructuras orgánicas insertas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como es la falta de implantación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo a que se refiere el art. 91 LOPJ.

A partir de estas premisas, el art. 93 LJCA permite una lectura intepretativa que es de signo positivo en el terreno estrictamente procesal, en cuanto que, trascendiendo de la literalidad del art. 58.3 LOPJ, potencia la configuración legal del derecho a los recursos en el orden contencioso-administrativo y, al mismo tiempo, es respetuosa con los criterios de competencia jerárquica que dimanan de dicha Ley, en la que el recurso de casación en la mencionada área jurisdiccional orgánica viene exclusivamente referido al TS.

Las TS 3.ª Secc. 5.ª SS 4 y 6 jun. 1994 son, además, testimonio de una doctrina jurisprudencial consolidada que, inspirándose en los criterios adoptados por la Sala 3.ª de este Tribunal, en la reunión plenaria celebrada el 15 jun. 1992 conforme al art. 264 LOJP, admite la interpretación amplia del art. 93.1 LJCA, teniendo en cuenta estos tres argumentos principales: a) pese a lo dispuesto en la disp. trans. 34 LOPJ, la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta no supuso la plena vigencia de las normas competenciales de aquélla, al resultar afectadas por otra norma transitoria, el art. 57 de ésta, conforme al cual las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia continuarían con las competencias de las AA.TT. hasta la puesta en funcionamiento de los Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo; b) consecuencia de ello y de la desaparición del recurso de apelación, en virtud de lo establecido en la disp. derog. 2.ª L 10/1992 de 30 abr., las sentencias que en la actualidad dictan los Tribunales Superiores de Justicia en el orden contencioso-administrativo, por no ser apelables ni dictadas en apelación, deben considerarse forzosamente pronunciadas en única instancia; c) el que la regulación del recurso de casación por dicha L 10/1992 no sea algo definitivo sino, como su titulación indica «de medidas urgentes», y, como se dice en su E. de M., algo necesario de abordar sin mayor dilación y sin que obste a que se continúen realizando cuantas actuaciones sean necesarias para mejor adecuación del procedimiento.

Debe ser desestimado, por tanto, el motivo de inadmisibilidad invocado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Un supuesto de predeterminación del fallo.

STS Sala 2.ª de 17 de julio de 1995.

Fundamentos de derecho

Quincuagésimo noveno: El cuarto motivo, al amparo del art. 851.3.1. LECrim., se formula porque —según el recurrente— se han consigando «en la sentencia recurrida, como hechos probados, conceptos jurídicos que, por ser de tal carácter, implican la predeterminación del fallo».

Dice, en este sentido, la parte recurrente que «en el capítulo II de los Hechos probados, dedicado a las "Deficiencias de la discoteca", el Tribunal *a quo* introduce continuamente expresiones y conceptos jurídicos claramente determinantes del fallo, en lugar de limitarse a describirse los hechos con objetividad e imparcialidad y sin perjuicios conceptuales de valor...». Así —en cuanto a las referidas «Deficiencias»— se destaca que en el *factum* se diga expresamente que las mismas suponían incumplimiento del Regl. de Espectáculos de 1935, del Regl. Electrotécnico de Baja Tensión e Instrucciones Complementarias, así como de la Ordenanza Primera de Prevención de Incendios del Ayuntamiento y de la Norma Básica de Edificación. Y, en el Cap. VI, se califica la conducta de Guillermo H.A. como de «rutinaria y con total falta de cuidado y atención, así como con evidente desprecio a la más elemental diligencia que le era exigible para garantizar la seguridad del público que acudiera al local...»; por lo que «la conducta de mi representado... quedaba ya predeterminada e inexorablemente calificada de improcedente y temeraria en el propio relato fáctico...».

La indebida predeterminación del fallo de la sentencia penal se produce —según ha declarado reiteradamente esta Sala—, cuando en el relato fáctico de la misma se sustituyen los «hechos» por los conceptos jurídicos, adelantando al *factum* lo que es propio del *iudicium,* alterando así sustancialmente la estructura lógica y normal de la sentencia, e impidiendo a la parte acusada combatir adecuadamente la calificación jurídica de la conducta enjuiciada, descrita utilizando los términos técnicos (normalmente asequibles únicamente a las personas versadas en Derecho) con los que el legislador define el tipo penal aplicado, de tal modo que suprimidas del relato fáctico tales expresiones el mismo quede vacío y no sea posible su adecuada calificación jurídica.

Ciertamente, hemos de reconocer que las expresiones a las que genéricamente se refiere la parte recurrente —incluidas por el Tribunal de instancia en el *factum* de la sentencia recurrida— son más propias de la calificación jurídica de los hechos que se declaran probados que del relato fáctico y, por ello, más propias de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Ello no obstante, es preciso reconocer: a) que se trata de expresiones perfectamente comprensibles para el común de las gentes, por ser propias del lenguaje coloquial; b) que las mismas no son las empleadas por el legislador para definir el delito de imprudencia temeraria (art. 565 CP), por el que ha sido condenado el aquí recurrente; y c) que, suprimidas intelectualmente del relato fáctico, o puede decirse que éste quede sin el contenido preciso para su adecuada calificación jurídica.

Por lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

Cosa juzgada material y efecto prejudicial positivo.

STS Sala 1.ª de 12 de noviembre de 1994.

Fundamentos de derecho

Tercero: El motivo tercero se fundamenta en el art. 1.692.5 LEC, por supuesta infracción del art. 1.252 CC. Viene este motivo a alegar la excepción de cosa juzgada y entiende que la cuestión ahora debatida se resolvió en la sentencia de juicio de cognición dictada por el JD Vergara con fecha 30 nov. 1984. El motivo decae igualmente porque no tiene en cuenta las siguientes consideraciones: a) El art. 1.252 exige para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra «la más perfecta identidad» entre las cosas, «las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron». Y en el supuesto ahora contemplado no hubo tales identidades, ni siquiera imperfectas, ya que las personas de los demandados no coinciden, tampoco el objeto de la litis, puesto que en la litis presente no fueron «las mismas» acciones objeto del primer pleito las discutidas, sino «otras». Por tanto no concurre la excepción aludida en su aspecto denominado por la doctrina «cosa juzgada material» con efecto negativo, y, en cambio sí puede admitirse que concurre el aspecto y efecto de la sentencia anterior como prejudicial positivo, en el sentido de que el reconocimiento de la propiedad de acciones discutidas en el juicio de cognición sirve de base a la petición de declaración de propiedad de otras acciones y contra otros demandados que los demandantes y recurridos desconocían en tiempo de la primera litis; todo ello con efecto prejudicial positivo expresado, de que lo resuelto por sentencia firme en el primer proceso (declaración de propiedad de determinado número de acciones) vincula a lo que se resuelva en el segundo (existe la misma razón para declarar la propiedad de otras acciones de la misma sociedad, desconocida al promoverse el primer litigio, y que se reclaman en éste).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ESPECIAL RELEVANCIA DE LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PRUEBA INDICIARIA.

STS Sala 2.ª de 23 de noviembre de 1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Decisiva resulta la exteriorización por el Juzgador del proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que le lleva a considerar probados los hechos constitutivos del delito partiendo de referidos apoyos indiciarios. En definitiva, el deber de motivación de la sentencia se impone aquí con caracteres más decisivos y apremiantes que en el orden normal de la prueba directa. Pese a los asideros lógicos y experienciales a que el Tribunal acuda, su deducción no se halla ausente de una cierta carga de subjetividad. A las meras «sospechas» o «suposiciones», a las frágiles o inconsistentes conjeturas, no debe hacérseles sitio al tiempo de razonar. De ahí que se imponga por parte del órgano judicial un examen riguroso acerca del verdadero significado de cada hecho básico, análisis que ha de exteriorizarse y ganar explicitez en la resolución del Juez, vertiendo en ella el *iter* discursivo seguido para formar su convicción. El TC así lo viene resaltando de modo reiterado, subrayando la importancia de la motivación como propio derecho constitucional. El art. 120.3 CE establece que las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el acusado ha realizado la conducta tipificada como delito —art. 21.1 CE— no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la sentencia, siendo ello también una exigencia del art. 44.1 CE, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, ni habría manera de que otro Tribunal determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, debiendo afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada.

La exigencia de motivación adquiere especial relieve tratándose de prueba indiciaria. Datos objetivos integrantes del hecho base han de llevar por vía de inferencia a la determinación del hecho consecuencia, a la conclusión inculpatoria que da paso a la condena. El nexo causal debe hacerse patente a los ojos de los interesados.

Tercero: Descartada la existencia de una prueba directa, el Tribunal monta y construye su convicción contando con una serie de factores indiciarios, algunos de relevante significación, que son minuciosamente analizados y expuestos en la fundamentación jurídica de la sentencia. El acusado no ha reconocido su participación en los hechos, si bien manifestó desde el primer momento tener la convicción de que Francisco A.B. se había quitado la vida voluntariamente dados los achaques que padecía y haberse quedado casi ciego por los desprendimientos de retina padecidos, hallándose muy depresivo (fs. 6, 44, 104 y 166). Todas las circunstancias y características del hecho apuntan hacia la intervención de alguien que coadyuvase en la consumación del propósito suicida del fallecido. En la diligencia de autopsia practicada no se apreciaron señales de lucha o de violencia, concluyéndose por los médicos forenses que la practicaron que el sujeto falleció a consecuencia de asfixia por sumersión; las ataduras de las manos a la espalda forzosamente tuvieron que ser hechas por otra u otras personas ajenas al muerto; que el tipo de nudos aplicados a las ligaduras son propios de los efectuados por los trabajadores del campo y de la construcción, revelando la excesiva cantidad de ligaduras practicadas que los realizadores tienen una mentalidad anormal (f. 40); lo que fue ratificado en el juicio oral. El acusado fue reconocido por médicos forenses especialistas en psiquiatría, diagnosticándole psicosis esquizofrénica crónica, necesitado de control y tratamiento médico (f. 151). El testigo José Antonio N.M., de la vecindad del inculpado, atestigua que el día de autos, sobre las 8 h, Antonio A.B. se acercó a él cuando se encontraba cerca de la balsa, indicándole que su hermano se había tirado a la misma, y que se hallaba atado y tenía piedras, tirándose después al agua. El inculpado manifestó a José Antonio N.M. que su hermano se había tirado atado, que llevaba las manos atadas a la espalda. Y todo ello sin tener el cadáver a la vista. Informó, asimismo, que Francisco A.B. tenía mucho ascendiente sobre su hermano y le mandaba mucho (f. 4 y f. 158); sus manifestaciones en la declaración indagatoria prestada no armonizan con las anteriores, sobre todo al constatar que vio un cadáver en la balsa sin poder precisar si estaba en la superficie o en el fondo, ni si estaba algo vestido o desnudo (f. 166). El Tribunal resalta dos hechos indiciarios sobre los que posa especialmente la atención. Resulta sintomática —constata— la conducta analizada por el procesado de acudir, como primera medida, al establecimiento bancario para traspasar a su favor los fondos de su hermano; como asimismo el modo y número de las ligaduras efectuadas a las manos del fallecido, representativas de una mentalidad un tanto anormal, utilizando nudos de o'cell, de doble lazada, de los usados por los trabajadores del campo (fs. 46 y ss., informe de autopsia y declaraciones del acusado). La Sala llama la atención sobre las ligaduras de las manos a la espalda, que necesariamente tuvieron que ser hechas por otra persona, imposibles de ejecutar por el que resultó muerto. Por otra parte, la altura del muro de la balsa (1 m 15 cm) unida a la corpulencia del suicida (90 kg de peso) y al propio peso que llevaba adosado a su cuerpo (60 kg en total), difícilmente le hubiera permitido subir, ni aun auxilidado, un muro de esa altura sin sufrir rozadura y magulladuras, cuanto más que la amplitud del mismo era suficiente para llevar a cabo sobre él la labor de sujeción; lugar, por demás, en el que quedaron depositados parte de los utensilios empleados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A la vista de cuanto se ha expuesto, bien puede concluirse que los elementos indiciarios tomados en consideración por el Tribunal han sido justamente valorados, que sus conclusiones no dañan las reglas de la lógica ni los principios de la experiencia y que ha de entenderse enervado el derecho a la presunción de inocencia.

LA VINCULACIÓN AL EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA AFECTA A LOS ELEMENTOS DE DECISIÓN CONDICIONANTES DEL FALLO QUE NO SE INCORPORAN A ÉSTE DE FORMA ESPECÍFICA.

STS Sala 4.ª de 23 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero: Pero, acreditada la contradicción, surge el problema del efecto positivo de la cosa juzgada, que, aunque de forma indirecta —sin denuncia formal como infracción—, se suscita por los recurrentes. Este efecto ha de excluirse respecto a la primera sentencia de la sala de Navarra, de 27 feb. 1992, porque no hay coincidencia subjetiva —no fueron parte los trabajadores codemandados— y tampoco hay plena coincidencia de los fundamentos de la pretensión y de la oposición, ya que no se había producido la cobertura de los puestos de trabajo mediante el procedimiento de selección de carácter público. La conclusión resulta más problemática en relación con la S 29 abr. 1993. Hay que comenzar señalando que, a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse actuaría excluyendo el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido —lo juzgado— en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado. Pero dentro de esta concepción general, que pondera el elemento prejudicial de conexión lógica, hay a su vez dos posibles alternativas. De acuerdo con la concepción más rigurosa, sólo lo que se ha incorporado a la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de producir esa vinculación que no es predicable de las declaraciones de hecho, ni de las consideraciones jurídicas, aunque éstas tengan una indudable relevancia para precisar el propio alcance de lo decidido en el fallo. Pero dentro de una concepción más flexible la vinculación afecta también a aquellos elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos. Ésta es la concepción que se impone recientemente en la S 29 may 1995, cuyo criterio ha de seguirse en virtud del principio de unidad de doctrina. Esta sentencia, después de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

recordar la doctrina jurisprudencial sobre la apreciación de oficio de la cosa juzgada y de citar como precedente la S 15 abr. 1992, establece que «la jurisprudencia no exige que el pleito nuevo sea una reproducción exacta de otro procedente para aplicar la presunción legal, pues no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio» y, en consecuencia, considera que tal vinculación se produce respecto a la condena de una empresa en virtud de una responsabilidad solidaria apreciada en el marco de un grupo de empresas en un proceso por resolución de contrato para un pleito posterior en el que se alega también la responsabilidad de las empresas del grupo, aunque en una reclamación de salarios. Lo mismo sucede en el presente caso. La sentencia de contraste se pronuncia sobre el segundo despido de los actores mientras que en estas actuaciones se enjuicia el tercero. Pero sí se decidieron en aquel proceso como se ha puesto de relieve al analizar la contradicción, los elementos condicionantes comunes a las dos controversias: 1.º) El carácter fijo discontinuo de los contratos con exclusión de la interinidad, y 2.º) la consiguiente preferencia en el llamamiento de los actores, y, de acuerdo con la doctrina expuesta, las decisiones adoptadas en estos puntos tienen valor de cosa juzgada en este proceso, por lo que hay que apreciar de oficio el efecto positivo de la cosa juzgada, lo que resulta determinante para excluir la procedencia el despido. Sin embargo, los elementos de decisión mencionados no resultan vinculantes en orden a la calificación del despido como improcedente o nulo, pues el aspecto meramente formal de la calificación del despido afecta únicamente a cada despido singularmente considerado, de manera que si un despido se consideró nulo por falta de llamamiento esta consideración no determina que cualquier otro despido por falta de llamamiento que pueda producirse en el futuro deba calificarse también como nulo. Por otra parte, la calificación que procede en el presente caso es la de improcedente de conformidad con la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 6 feb. 1995. Para esta sentencia del despido por falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos «es un despido *sui generis,* cuya finalidad exclusiva es la de garantizar que la empresa cumpla con la obligación legal de convocar al trabajador, convocatoria que puede ser omitida por razones ajenas a la voluntad de rescindir de modo definitivo la vinculación permanente». Por ello, en estos casos la falta de comunicación formal del cese no es subsumible en el art. 108 a) LPL 1990. Y ello porque, como precisa la sentencia citada, «la razón final de la comunicación escrita en el despido... no concurre en el incumplimiento de la empresa de su obligación de convocar al trabajador», incumplimiento que se traduce en la falta de convocatoria, a cuyo conoci-

miento por el trabajador se liga el comienzo del plazo para impugnar el despido. En estos términos y aplicando de oficio el efecto positivo de la cosa juzgada, procede la revocación de la sentencia recurrida y de la sentencia de instancia para declarar la improcedencia de los despidos de los actores con las consecuencias que se derivan de esa declaración en virtud del art. 56 ET en orden a la opción entre readmisión e indemnización. El importe de esta última se ha fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicios acreditado por los actores en las respectivas campañas.

Homologación de la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente si no viola el orden público interno.

STS Sala 1.ª de 23 de noviembre de 1995.

Fundamentos de derecho

Primero: El recurrente D. Andrés B.A. y la recurrida D.ª Lourdes A.G. estuvieron unidos por matrimonio canónico, disuelto por el Papa Juan Pablo II que, a propuesta de la Sagrada Congregación se Sacramentos, concedió dispensa de matrimonio rato y no consumado a medio de rescripto de 8 may. 1987.

Dicha recurrida promovió el pleito para obtener la homologación civil, con otros pedimentos de orden secundario, que el Tribunal de apelación otorgó. Al no aceptar el recurrente la decicisión judicial de la alzada formuló el presente recurso, que delimita el debate casacional a la concreta cuestión de si procede el reconocimiento y eficacia civil de la decisión pontificia de referencia.

El art. 80 CC establece que las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos de nulidad de matrimonio canónico, así como las pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil si el Juez competente las declara ajustadas al Derecho del Estado, conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 LEC.

La interpretación de la norma, conforme a los dictados del art. 3 CC, se hace exigente en cuanto al alcance del necesario ajuste a la legalidad estatal, pues se establece así una especie de mecanismo jurídico de control atenuado a cargo de los Tribunales ordinarios, conforme declaró la sentencia de esta Sala de 10 mar. 1992 y que supera los estrictamente formales, en razón de haberse modificado el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos (Concordato de 1953) y evitar en todo caso el automatismo que se produciría por la inmediata eficacia de las sentencias canónicas o decisiones administrativas pontificias, como la que se debate, ya que ello vendría a conculcar frontalmente el art. 117.3 CE y precepto 2 LOPJ.

En esta línea del discurso casacional hay que entender que el preciso ajuste legal no se agota procesalmente con que cumplan las

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

condiciones —más bien que requisitos, como textualmente dice el art. 80 CC—, y a los que hace referencia el art. 954 LEC, dada la especialidad de la materia.

Los presupuestos formales, en el caso presente, se dan suficientemente concurrentes por probados y así lo declara como hecho firme, no atacado, la sentencia en recurso, toda vez que se ejercitó en vía eclesiástica una acción personal, el trámite procesal se llevó a cabo con intervención del ahora recurrente, que fue oído en el mismo, con posibilidad plena de ejercicio de sus derechos de defensa, ya que aportó pruebas, lo que excluye toda situación de rebelde.

También se da la necesaria autenticidad conforme al ordenamiento canónico y la que exige la legislación española —cuestión de legalidad formal (arts. 600 y 601 LEC)—, en relación a la carta-ejecutoria que obra en los autos y hace referencia a decisión firme y ejecutoria, en cuanto se refiere al rescripto de la Santa Sede, lo que no ha sido contradicho ni discutido eficazmente de contrario.

Respecto a lo que dicho art. 954 LEC establece, sobre la concurrencia de licitud, se ha interpretado por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido de que no ha de contravenir el orden público del Estado, el que por su propia naturaleza, se presente variable y flexible, conforme a las circunsancias y realidades sociales (SS 5 abr. 1966 y 31 dic. 1979), al conformarse por principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y a su vez en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico.

El problema del requisito de licitud se entronca necesariamente con el ajuste del ordenamiento del Estado que ya se ha dicho establece el art. 80 CC —norma sustantiva particular al referirse a matrimonio celebrado conforme al Derecho canónico— y resulta ser aplicación del art. VI.2 Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 ene. 1979, ratificado por Instrumento de 4 dic. 1979. El procedicimiento a seguir lo regula la disp. adic. 2.ª L 30/1981 de 7 jul., que contempla actuaciones procesales propias de la Jurisdicción voluntaria cuanto no se produce oposición, en cuyo caso el proceso correspondiente será el juicio de menor cuantía (S 24 sep. 1991, así como las del TC de 22 dic. 1988 y 8 nov. 1993).

El tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia, en cuanto derecho de gracia que corresponde al Romano Pontífice y es otorgado en el ámbito del ordenamiento eclesiástico a medio del procedimiento contradictorio, conforme a la normativa canónica, así como la Instrucción *Dispensationis matrimonii* de 7 mar. 1972, que no contempla nuestro Derecho, pues ninguna autoridad del Estado está investidad de tal potestad.

Surge de esta manera problemática de interpretación del art. 80 CC, conforme a los preceptos constitucionales, la que ha de centrarse partiendo de respetar la ju-

risdicción eclesiástica, en cuanto actúa con sujeción a sus propias normas, como sucedió en esta cuestión. No resulta permitido, por tanto, entrar en el tema de desautorizar la resolución pontificia —ello siempre supondría intromisión—, y sí únicamente estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, lo que no representa que concurra una precisa, literal y férrea identidad entre las causas de disolución canónica y las civiles, en base a que el art. 73 CC no contempla expresamente la inconsumación matrimonial —situación que el recurrente aduce para integrar esencialmente la impugnación que plantea en el motivo primero, por violación del art. 80 CC, en relación a los arts. VI.2 Acuerdo con la Santa Sede y 954 LEC—, y conduce a la necesidad de examinar si la resolución pontificia resulta ajustada al Derecho del Estado, así como en el segundo por aplicación de dicho art. 80 en relación al art. 73 CC y tercero, por infracción por no aplicación del art. 3 en relación al art. 80 CC, disp. adic. 2.ª L 30/1981 y precepto procesal 954.

La necesaria identidad total de causas —coincidencias en concreto— ha de ser inmediatamente rechazada, pues aunque la no consumación del matrimonio no resulta subsumible por el CC, lo que no cabe es imponer, conforme los Tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa y actos jurídicos a la nuestra positiva. A su vez resultarían inaplicables las dispensas de matrimonio rato y no consumado, dejando en el vacío y en parte ineficaz el art. 80 CC, así como inviable el Acuerdo de 1979, que de esta manera no sería debidamente cumplido ni respetado y supondría siempre llevar a cabo juicio de revisión del fondo de la resolución pontificia a cargo de la jurisdicción civil, lo que no procede.

Resulta más adecuado y conforme el sentido de los preceptos y tratados bilaterales vigentes, que no sólo se proceda a la comprobación de la concurrencia de los requisitos formales del art. 954 LEC, conforme se dejó expuesto y que se cumplieron en la presente cuestión, pues esta actividad por sí sola no satisface la función de examen a cargo de los Tribunales del ajuste legal que el precepto civil 80 impone, lo que se alcanza si partiendo de darse como positivos los controles de forma, también se produce la licitud de la resolución a homologar —no se trata de propia obligación que contempla el ap. 3.º del referido precepto procesal 954— y que hay que referir necesariamente a que la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente, no se presenta como plenamente desajustada para generar un rechazo total, sino que exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación. Para ello ha de tenerse en cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el art. 16 CE, coincidente con el art. 18 Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 dic. 1948). Al resultar acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que el CC prevé en sus arts. 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles —y consiguiente reenvío a las normas canónicas—, los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte y también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Entenderlo de otro modo llevaría tener que remontarse a situaciones de mala fe o de fraude a cargo del Estado al hacer inoperante el Acuerdo con la Santa Sede en los supuestos de matrimonio rato y no consumado.

A falta de pruebas acreditativas de que la decisión pontificia contraría abiertamente al orden público interno, o resulte atentatoria contra el derecho constitucional, la homologación solicitada resulta estimable, pues el referido orden ha de estar no sólo al servicio del Estado, sino preferentemente al de los ciudadanos y sus derechos inviolables, uno de los cuales es el matrimonio canónico, por estar expresa y legalmente reconocido.

En consecuencia, el ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos y privados de nuestro ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden público interno, sustantivo y procesal y con el cumplimiento necesario de derecho a la tutela judicial que acoge el art. 24 CE.

Los motivos se desestiman.

5. LA EJECUCIÓN

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN HA DE EXIGIRSE ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SI ÉSTA ACTÚA REVESTIDA DE IMPERIUM.

STS Sala 1.ª de 31 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El Sr. Abogado del Estado, en la representación que ostenta, recurre la sentencia y aduce frente a ella, como primer motivo casacional al amparo del art. 1.692.1 LEC, el abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, con referencia, además, a los arts. 5.4 LOPJ, 24.2 CE y 40 aps. 2 y 3 LRJAE, L 20 jul. 1957, TR aprobado por D 26 jul. 1957, y por aplicación indebida, el art. 41 de esta última, así como, por no aplicación, el art. 3 ap. b) y c) LJCA, en relación con los arts. 5.1, 9.4 y

6, 10 y 24 LOPJ, 3.1 CC y 533.1 y 542 LEC, y la doctrina jurisprudencial de este Tribunal. El demandante ejercita contra el Estado y el Tribunal sentenciador estima, la acción directa autorizada por el art. 40 LRJAE, instando la declaración de la responsabilidad objetiva de éste por el funcionamiento supuestamente anormal de un servicio público, y su condena al resarcimiento de los daños que dice sufridos como consecuencia de tal funcionamiento defectuoso. Entiende el recurrente que la competencia judicial para conocer de esta acción incumbe única, exclusiva y excluyentemente, a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, porque así lo ha dispuesto el Legislador, y aun el Constituyente, en los preceptos legales de que se ha hecho mérito anteriormente, preceptos que predeterminan el Juez competente para el conocimiento de este tipo de acciones, lo que hace que la sentencia recurrida, al atribuirse la competencia propia a otro orden jurisdiccional —por esencia improrrogable, TS S 31 may. 1989— infrinja esas normas y doctrina y vulnere el derecho constitucional del justiciable al Juez predeterminado por la Ley ya que los arts. 9.4 y 24 LOPJ atribuyen, exclusiva y excluyentemente, a los Tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan contra los actos de la Administración Pública. A su vez, y ya de forma específica, el art. 3 b) LJCA, somete al ámbito de su competencia «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública»; y el art. 40 LRJAE, después de proclamar el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o por la adopción de medidas no fiscalizables en vía jurisdiccional —responsabilidad objetiva—, dispone que la indemnización «podrá pedirse en vía contenciosa con arreglo a la Ley de dicha jurisdicción o en la vía administrativa...» (aps. 1 y 2); y, en ésta, denegada la reclamación dirigida al Ministro respectivo o al Consejo de Ministros, «la resolución que recaiga será susceptible de recurso contencioso-administrativo...». Por el contrario, cuando se trate de lesiones sufridas por los particulares como consecuencia de la actuación del Estado en relaciones de derecho privado, el art. 42 de la propia Ley, después de atribuir al Estado la responsabilidad directa por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, dispone imperativamente que «la responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios», es decir, ante los Tribunales del orden civil o, en su caso, penal. Estos dos preceptos legales fijan, con claridad meridiana, el distinto ámbito de competencia jurisdiccional, para la exigencia y reconocimiento del derecho de los particulares a obtener del Estado una indemnización por razón de los daños y perjuicios que hubieren podido sufrir como consecuencia de la actuación de la Administración a través de sus Autoridades, funcionarios y agentes: a) Si el perjuicio procede del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, de la actuación de la Administración revestida de su *ius imperii,* la competencia para conocer, en vía jurisdiccional, de la pretensión del particular, una vez denegada en vía administrativa, corresponde única y exclusivamente a los Tribunales de lo contencioso-administrativo, con arreglo a las normas propias de su organización y funcionamiento, resultando, a estos efectos, inoperante la culpa o negligencia de los funcionarios a través de los cuales aquélla haya actuado, al imponerse su responsabilidad objetiva, salvo que su actuación revista carácter delicitivo, en cuyo caso sí compete a los Tribunales penales, no sólo el enjuiciamiento de esta conducta, sino también la valoración de los daños y perjuicios de toda índole derivados del delito —o de la culpa penal— y la declaración de la responsabilidad civil —directa y subsidiaria— de la Administración derivada de la actividad delictiva o culposa de sus agentes, funcionarios y Autoridades. b) Si, por el contrario, el daño o perjuicio sufrido por los particulares procede de la actuación de la Administración en relaciones de derecho privado, actuando a través de sus autoridades, agentes o funcionarios, la competencia para conocer de la acción de responsabilidad civil de aquélla, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios, es decir, a los del orden civil o, en su caso, penal, fundándose esta responsabilidad, bien en los arts. 1.101 y ss., 1.902 y 1.903 CC, según se trate de relaciones contractuales o extracontractuales, o en los arts. 19, 191 y ss. CP, si la responsabilidad civil de la Administración procede de delito o falta de aquellos por quienes el Estado debe responder subsidiariamente.

Segundo: En síntesis la reclamación que formulan los demandantes trae causa del robo perpetrado en la joyería D. el día 9 jul. 1988 y se dirige contra los demandados por haber incurrido la primera, entidad de Vigilancia e I.S. y A., S.A., en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, y el segundo, el Estado, por haber ocasionado un perjuicio a los demandantes a consecuencia del mal funcionamiento del servicio de seguridad de los ciudadanos. Las pruebas acreditan que la empresa de vigilancia actuó adecuadamente al transmitir fielmente las alarmas que recibió a la Comisaría de la policía que tardó más de 20 minutos en personarse en el lugar de los hechos, ya consumado el delito y huidos los atracadores.

Tercero: El Tribunal *a quo* declaró no haber lugar a la excepción de incompetencia de Jurisdicción alegada por la representación del Estado, por considerar que las normas del Derecho positivo español, que excluyen la previa afirmación de la existencia de solidaridad entre la pretendida responsabilidad contractual de la codemandada —y absuelta— entidad de Vigilancia e I.S. y A., S.A., y la extracontractual del Estado, han de ser interpretadas «a la luz del derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE», llegando a la conclusión de la necesaria acción conjunta contra la sociedad demandada y contra el Estado, tanto por no poderse indi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

vidualizar *a priori* las presuntas responsabilidades de una y de otro, como por estimarse que «las omisiones que se imputan a la entidad de Vigilancia e I.S. y A., S.A., y a la Policía son complementarias, integrando entre las dos el *iter* que conduce a los daños sufridos por el actor», lo que excluye la posibilidad de simultanear un procedimiento civil contra la sociedad demandada y otro contencioso-administrativo contra el Estado, para impedir la división de la continencia de la causa, la perturbación del derecho de defensa derivado de la «parcialización» de la prueba y la posibilidad de resoluciones contradictorias y con ello de no poderse dar «satisfacción a los intereses del perjudicado».

Cuarto: Los recurridos impugnan el referido motivo con apoyo en la reiterada doctrina de esta Sala que considera que cuando la Administración es demandada junto con personas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, la jurisdicción civil impone una *vis atractiva,* que aboca el conocimiento de dichos litigios ante dicho orden jurisdiccional. En concreto, se cita la sentencia de esta Sala de 2 jun. 1993: «... es doctrina más que seguida por esta Sala 1.ª la de que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, se impone la *vis atractiva* de esta jurisdicción civil...». E igualmente la S 29 oct. 1987: «Existe una reiterada doctrina de esta Sala de las que son exponentes las SS 15 oct. 1976, 22 nov. y 27 dic. 1975, 14 oct. 1986 y 2 feb. 1987, acerca de que la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia de los órganos del orden jurisdiccional civil, por cuanto como dice la S 14 oct. 1986, antecitada, siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa correría el riesgo de fallos contradictorios». La atribución, en suma, de la competencia al orden jurisdiccional civil dimana no ya de principios, incluso de economía procesal tales como la evitación del denominado «peregrinaje de jurisdicciones», sino de la elusión del riesgo de fallos contradictorios, de separarse la continencia de la causa, que acaecería en el caso de que, alegándose por el actor vínculos solidarios entre los demandados derivados de un mismo suceso, ese actor hubiera de interponer una demanda ante el orden jurisdiccional civil dirigida exclusivamente contra la persona privada, y otra ante la jurisdicción contencioso-administrativa y dirigida únicamente contra el Estado.

Quinto: Menester es, en efecto, acudir a los criterios jurisprudenciales de esta Sala para resolver la cuestión planteada, lo que requiere matizar distintos aspectos que confluyen en el caso. Una línea jurisprudencial de la década de los ochenta mantiene, de acuerdo con lo sostenido por la Abogacía del Estado, que, en casos como el presente, procede la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción. Considera, en este orden la sentencia del TS de 19 feb. 1982 que el problema referente al cauce jurisdiccional adecuado para exigir responsabilidad patrimonial

a la Administración pública, ha sido resuelto por el art. 128 LEF atribuyendo tal competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que, con arreglo a la misma, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, criterio rotundamente ratificado por los arts. 3 b) LJCA y 40 LRJAE, que encomienda a ésa el conocimiento de las reclamaciones entabladas por los particulares instando el resarcimiento por el Estado de las lesiones sufridas a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y si bien el art. 41 de la normativa citada en último lugar determina que en ciertos casos la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios, puntualiza que tal hipótesis se dará cuando la Administración actúe en relaciones de derecho privado, excepción a la regla general que la más autorizada doctrina restringe a los supuestos de gestión del patrimonio privado y de ejercicio de actividades industriales o mercantiles por la Administración, ordinariamente realizadas a través de entes dotados de propia personalidad. El precedente criterio fue ratificado por la TS S 10 nov. 1983: como ya se dijo en sentencia de esta Sala, de 19 feb. 1982, el problema jurisdiccional planteado ha sido resuelto por el art. 128 LEF, atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que, con arreglo a la misma, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, criterio terminantemente ratificado por los arts. 3 b) LJCA y 40 LRJAE, que encomienda a aquélla el conocimiento de las reclamaciones interpuestas por los particulares instando el resarcimiento por el Estado de los daños sufridos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en la hipótesis de actuar la Administración en relaciones de derecho privado, supuesto restringido a la gestión del patrimonio privado y al ejercicio de actividades industriales o mercantiles por la Administración, ordinariamente realizadas a través de entes dotados de propia personalidad.

Sexto: Sin embargo, los esfuerzos que hacen las sentencias examinadas para excluir el conocimiento de la jurisdicción civil los supuestos de funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, no han sido generales y, por ello, no han evitado que esta Sala haya seguido otros criterios que han motivado la falta de apreciación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, con fundamento: a) indirectamente por medio de la tradicional doctrina jurisprudencial que en caso de demanda conjunta contra sujeto particular y Administración Pública, siempre que exista un vínculo de solidaridad entre ellos, determina la *vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria, más allá incluso de la actuación de la Administración en relaciones exclusivas de Derecho privado; b) directamente al considerar que aunque se trate de casos en los que lo que se discute es el funcionamiento normal o anormal de un servicio público procede, en ciertas condiciones, el conocimiento de la jurisdicción civil. Así la S 2 jun. 1993 (relativa a un supuesto en que fue demandada una compañía mercantil y la Consejería de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Obras Públicas por daños producidos en fincas a causa de unas obras públicas). El motivo primero —dice— al amparo del art. 1.692.1 LEC, aduce exceso de jurisdicción por considerar que no es la civil sino la contencioso-administrativa la que debe conocer del presente litigio, citando como preceptos que apoyan esta tesis el art. 3 LJCA, en relación con el art. 40 LRJAE, lo que, según el recurrente, debe dar lugar a la excepción primera del art. 533 LEC. El motivo se desestima por ser doctrina más seguida por esta Sala 1.ª la de que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, se impone la *vis atractiva* de esta jurisdicción civil (SS 2 feb. 1987, 10 nov. 1990 y 17 jul. 1992, además de las que citan tales sentencias). La sentencia del TS de 22 abr. 1995 (por asunto de culpa extracontractual dirigida la acción a causa de accidente en vehículo policial, contra el conductor y el Estado) mantiene que la responsabilidad que se exige del conductor (sus herederos) no lo es como agente de la Administración que presta un servicio público, sino como infractor de normas de carácter civil que constituyen un ilícito de tal clase, aunque al tiempo que a la persona privada se demande al Estado. Y añade, la reciente S 2 jun. 1993, al rechazar un motivo en el que se alegaba exceso de jurisdicción, con cita de idénticos preceptos que el que nos ocupa, estableció la desestimación por ser doctrina más seguida por esta Sala 1.ª la de que cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, se impone la *vis atractiva* de esta jurisdicción civil (SS 2 feb. 1987, 10 nov. 1990 y 17 jul. 1992, además de las que citan tales sentencias). La de 10 nov. 1990 realiza un estudio muy pormenorizado. Desde la otra perspectiva señalada, la sentencia del TS de 24 may. 1995, pese a considerar que las consecuencias a derivar se produjeron dentro de la esfera del funcionamiento de un servicio público, anormal en el caso de autos, descarta cualquier aplicación indebida del Tribunal *a quo* en torno a los arts. 106.2 CE y 40 LRJAE. Ya antes de una manera rotunda, la sentencia del TS de 24 nov. 1994 (el caso afecta a un Guardia civil fuera de servicio regular que intervino a propósito de una infracción de circulación y en el curso del incidente disparó su arma reglamentaria, caso en el que también fue demandada la Administración Pública), se pronunció en los términos que siguen acerca de la aplicación indebida del art. 40 LRJAE: Desconoce el motivo el hecho probado de la cualidad de Guardia civil que mostró el demandado en la intervención que realizó para reprochar al demandante una infracción de tráfico tan manifiesta y peligrosa como circular en dirección prohibida, lo que provocó realmente una actuación del demandado y recurrente en el desarrollo anormal de un servicio público, que dio lugar a unos daños por evidente conducta culposa que aquél siguió, lo que no implica infracción de los preceptos que el motivo invoca. Como así se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias de las Salas 1.ª y 2.ª del TS al entender de casos discriminados de notaria similitud con el ahora contemplado, ya se considere la actuación culposa aludida dentro de la «total dedicación» a que se refiere el art. 5.4 de la vigente Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o del «servicio permanente», a que aludía la derogada Ley de Policía, de 4 dic. 1978. En efecto, en las SS 20 mar., 17 jul., 16 may. y 10 dic. 1992 y 21 ene. 1993, de la Sala 2.ª, en cuestiones interpretativas del art. 22 CP, declarada por la misma jurisprudencia norma de carácter civil, se sanciona la responsabilidad del Estado como subsidiaria, y desde el punto de vista civil como directa, en supuestos de actuación culposa de fuerza armada, por uso imprudente de sus armas reglamentarias, con excesos o extralimitaciones, y se declara que de aplicarse el criterio defendido por el Abogado del Estado nunca podría nacer la responsabilidad subsidiaria a la que se refiere el art. 22 CP; ni, en este particular caso debatido, no sería procedente que al ser responsabilidad directa (según reiterada jurisprudencia interpretativa del art. 1.903.5) la declarada en el fallo recurrido, quedara absuelto el Estado eludiendo la responsabilidad civil subsidiaria a que se alude en la sentencia recurrida. Debiendo defenderse en definitiva la responsabilidad directa y solidaria, declarada desde el punto de vista civil en la sentencia impugnada, en cuanto como razona la Sala *a quo,* la jurisprudencia civil ha sancionado en supuestos el evento incriminado, dado que es la forma más apropiada para una protección más justa de los perjudicados, como ha razonado esta Sala en numerosas y conocidas sentencias.

Séptimo: En definitiva, conforme a la legislación aplicable al caso, la jurisprudencia no toma como criterio generalizado para excluir la actuación del orden jurisdiccional civil que la actividad de la Administración se haya producido en un marco *ius publico* o cuando la responsabilidad que se reclama sea originada por el funcionamiento anormal o normal de un servicio público, siempre que también sea codemandado un sujeto privado que esté unido por vínculos de solidaridad en cuanto al hecho que produce la responsabilidad de la Administración. Pero el problema que subsiste es el de si basta que la demanda se dirija contra los codemandados respecto de los que se afirma la existencia de tal vínculo o si es preciso que, efectivamente, del examen estructural, según patrones jurídicos, de la relación jurídica litigiosa resulte fundado aquel vínculo de solidaridad. A esta cuestión dio respuesta la sentencia de esta Sala de 3 oct. 1994, a propósito de un caso en que fue demandada junto a la Administración del Estado, otras administraciones públicas, una sociedad anónima suministradora de energía eléctrica, por la responsabilidad civil dimanante de los daños causados a la actora por falta del citado suministro, como consecuencia de los desórdenes públicos que motivaron la actuación de la policía incapaz de reprimir los hechos que concluyeron con el derribo de los postes del tendido eléctrico. La última sentencia citada razona así: El se-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gundo motivo, al amparo del art. 1.692.1 LEC denuncia la infracción por no aplicación del art. 51 LEC, al acoger incompetencia de jurisdicción del Tribunal civil en punto a la responsabilidad del Estado y de la Comunidad de Castilla-La Mancha, es decir, de las Administraciones Públicas. Tal como se proclaman los hechos violentos que no fueron impedidos por ellas, es patente que no se está en presencia de ningún negocio civil, sino de una mayor grave alteración de orden público, no reprimido ni evitado por los funcionarios o agentes dependientes de la Administración, cuya supuesta conducta pasiva en tales episodios incide en los actos de soberanía revestidos de *imperium* que son los que se prevén en el art. 40 LRJAE, vigente al momento del acaecimiento de los hechos y que han de ser motivo de reclamación por otra vía y enjuiciamiento por otra jurisdicción, a diferencia por tanto de las actuaciones del Estado en régimen o relaciones de las prevenidas en el art. 41 de la misma Ley; y no se diga que esta jurisdicción por la *vis atractiva* que la caracteriza o por su condición de «residual» (art. 9.2 LOPJ), que doctrinal y legalmente se le viene asignando, debió entrar en conocimiento de tal responsabilidad de los Entes Públicos al venir codemandados con una empresa privada, pues dado el origen diametralmente distinto de una y otra responsabilidad de los demandados que rechazan todo indicio conceptual no sólo de solidaridad sino de subsidiariedad, ya que ni la una ni la otra tiene el menor apoyo legal, es evidente que no podían ser enjuiciados en el mismo procedimiento por su distinto origen y consecuencias independientes, pues es únicamente en los casos de solidaridad cuando actúa esa *vis atractiva* como tiene reiteradamente sentado la doctrina de esta Sala (SS 15 oct. 1976, 22 nov. y 17 dic. 1985, 14 oct. 1986, 2 feb. 1987 y 28 abr. 1992), por lo que el motivo fracasa.

Octavo: La doctrina que emerge de la sentencia precedente ofrece dos referencias claras: 1) cuando la Administración actúa (o deja de actuar) en relación con funciones típicas de la soberanía del Estado y revestidas, por ello, de *imperium,* la responsabilidad patrimonial en que haya podido incurrir debe exigirse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; 2) en los supuestos en que la Administración haya sido codemandada con un sujeto privado, la *vis atractiva* que según la jurisprudencia determina que el enjuiciamiento del asunto corresponde al orden jurisdiccional civil, la solidaridad (o la indivisibilidad) que como presupuesto exigible ha de vincular a los demandados no depende del mero voluntarismo del actor (porque así lo afirma en la demanda), sino que se hace depender de condiciones objetivas referidas a la naturaleza y extensión de las obligaciones reclamadas. En el caso presente, objeto de este recurso, la actuación de la compañía que tenía suscrito el contrato de vigilancia con la actora se ajustó en un todo al cumplimiento de las estipulaciones que dimanaban de aquél, de manera que en ningún momento su conducta se relaciona con el hecho generador de la responsabilidad que se exige por el robo con intimidación en las personas producido en la joyería, a saber, la llegada tardía de la policía que no pudo impedirlo o frustrarlo. Ni siquiera hay concurrencia de culpas, contractual una, extracontractual otra, que de acuerdo con el criterio moderno de la unidad conceptual de la culpa, produjeran por su coincidencia en el hecho generador una indivisible fuente de obligar. De aquí que deba acogerse el motivo esgrimido por el Sr. Abogado del Estado y concluir que ha habido exceso de jurisdicción en el conocimiento del caso.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LOS EFECTOS DE ACORDAR UNA INDEMNIZACIÓN.

STS Sala 1.ª de 28 de noviembre de 1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo: Con la misma apoyatura procesal que el anterior (ordinal quinto) aparece formulado el motivo octavo y último, por el que se denuncia textualmente que «la sentencia recurrida contiene, como uno de los pronunciamientos de su fallo o parte dispositiva, el de declarar la obligación de mi representado de abonar al actor los daños y perjuicios causados o que se causaren por el incuplimiento de sus obligaciones, a determinar en ejecución de sentencia, sin que previamente se haya pronunciado acerca de la existencia real de esos daños, con lo que ha infringido por violación el art. 1.101 CC y la constante doctrina jurisprudencial de esa Sala establecida, entre otras, en sus SS 6 jun. 1983, 8 oct. 1984, 7 jun. y 3 jul. 1986, 17 sep. 1987 y 28 abr. 1989». El expresado motivo también ha de ser desestimado, pues si bien es cierta la doctrina jurisprudencial que invoca el recurrente, con arreglo a la cual la condena a indemnizar daños y perjuicios se halla condicionada a que en el proceso quede probada la existencia y realidad de tales daños y perjuicios, sin que pueda dejarse para la fase de ejecución de sentencia la prueba de la producción real de los mismos, sino solamente la concreción del *quantum* de los efectivamente producidos y acreditados no es menos cierto que, en el concreto caso aquí enjuiciado, aparece probado que el demandado no va a poder dar cumplimiento a las obligaciones a que se le condena (entrega al comprador D. Salvador O.T. de la posesión de la finca vendida y otorgamiento a favor del mismo de la correspondiente escritura pública de venta) por cuanto, con posterioridad a la celebración del contrato litigioso, ha vendido la finca a una tercera persona, ante cuyo supuesto de imposibilidad de cumplimiento la indemnización de daños y perjuicios viene impuesta por ministerio de la Ley (arts. 923 y ss. LEC), en cuyo sentido ha de entenderse el pronunciamiento indemnizatorio que hace la sentencia recurrida, debiendo tenerse en cuenta, obviamente, a la hora de fijar, en eje-

cución de sentencia, el *quantum* de la indemnización, la parte del precio de venta que, efectivamente, ha pagado el comprador D. Salvador O.T. y lo que aún adeuda del mismo.

POSIBILIDAD DE ENERVAR LA ACCIÓN DE DESAHUCIO, CONTRA ARRENDATARIO POR FALTA DE PAGO DE LAS RENTAS PACTADAS, MEDIANTE LA CONSIGNACIÓN DE LO ADEUDADO.

SAP Cuenca de 11 de julio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El tema que somete a revisión la recurrente es el relativo a si procede la aplicación con carácter retroactivo de la nueva LAU, L 29/1994 de 24 nov., al supuesto que regulado con generosidad en la anterior legislación arrendaticia, se regula, a raíz de la modificación del art. 1.563 LEC, de manera rigurosa; a saber: si es improcedente el desahucio por falta de pago de la renta pactada al haberse enervado en el presente mediante la consignación de las rentas debidas, cuando en otro proceso anterior —autos núm. 322/1993, seguidos en el mismo JPI— se planteó por el mismo motivo del desahucio de la inquilina que, allanándose en previa comparecencia, consignó las rentas adeudadas logrando así enervar la acción ejercitada. La propia recurrente reconoce la razón dada por la sentencia que apela en cuanto a que la nueva ley termina con el privilegio concedido al arrendatario de hacer uso de este derecho de enervación consignando las rentas debidas; pero critica la aplicación retroactiva de la misma, en atención a que si antes la inquilina ejercitó este derecho, «creyendo» verse amparada por lo que disponía la LAU 1964, no debían tenerse en cuenta las consignaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley —1 ene. 1995—, por lo que, dado el sentido social del inquilinato, dobla revocarse la sentencia de instancia.

Segundo: Evidentemente, el tema sometido a consideración de esta Sala —retroactividad de la norma— incide en los efectos de las leyes en el tiempo; en este sentido, hemos de señalar que la norma general es la irretroactividad de las leyes, dada la restricción interpretativa que consagran los arts. 2.3 CC y 9.3 CE. Pero, pese a las razonables críticas de la recurrente contra la Ley actualmente vigente, es inexcusable que el juzgador, conforme a los arts. 117 CE y 2 LOPJ, tiene como misión la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a las normas que emanan del Poder legislativo sin entrar a dilucidar si las mismas son o no acordes con el sentir del recurrente. De aquí que, si en la L 24 dic. 1964 (art. 147) el inquilino podía ejecutar más de una vez el derecho de enervar el desahucio, como ya ha resuelto esta Sala, en un supuesto idéntico al presente, en su sentencia de 5 de junio pasado, el

art. 1.563 LEC en su nueva redacción dada por la disp. adic. 5.ª L 24 nov. 1994, dispone que el desahucio no puede ser enervado por medio del pago al demandante o puesta a disposición de las rentas adeudadas en que se sustente la demanda cuando ya, con anterioridad, se hubiere producido otra enervación; y en los presentes autos consta acreditado que ya en autos núm. 322/1993, seguidos entre las mismas partes por idéntico motivo, la recurrente usó de ese privilegio, por lo cual, y de conformidad con la nueva regulación, no procede acceder al recurso, debiendo confirmarse la sentencia apelada.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTUACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA ANTE UNA SITUACIÓN DE PELIGRO CONOCIDA PARA LA VIDA DE UN INTERNO.

STS Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 13 de junio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: La responsabilidad de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 CE, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 CE al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en el art. 40 LRJAE —hoy art. 139, aps. 1 y 2 LRJAP—, y en los arts. 121 y 122 LEF, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado por la jurisprudencia (SS mar. 1992, 5 oct. 1993 y 2 y 22 marz. 1995, por todas) que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor, y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta. Asimismo, a los fines del art. 106.2 CE, la jurisprudencia (SS 5 jun. 1989 y 22 mar. 1995) ha homologado como servicio público toda actuación, gestión, actividad o tareas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Tercero: Establecido lo que antecede, no parece ofrecer duda que la actuación de la Administración penitenciaria o, por mejor decir, la actividad incompleta y pasiva de la misma propició de modo directo el resultado lesivo producido si se tiene en cuenta que de las actuaciones practicadas se desprende paladinamente que la situación en la prisión de riesgo para la vida del interno que fue asesinado resultaba conocida para las autoridades penitenciarias, pues el infortunado se dirigió en tres ocasiones a la Dirección del Centro poniendo en su conocimiento dicha situación (*vid.* folios 20, 21 y 22 del expediente) y solicitando el traslado de prisión e indicando, incluso, el nombre del interno que posteriormente le causaría la muerte, así como consta, también, la agresión que sufrió 6 días antes de producirse ésta, y obra también en las actuaciones (folio 28) certificación de la nota informativa dirigida por un funcionario de la prisión al Director de la misma, poniendo en conocimiento de éste, el día 17 ene. 1985, cómo el autor material de la muerte de Juan Y.G., el interno Juan N., estaba «comisionado para realizar un ajuste de cuentas (no pudiendo precisar en qué consiste éste) con el interno...» que resultó asesinado por el indicado Juan N. el mismo día en que se produce la comunicación, y si bien por la Dirección del Centro Penitenciario se aisló a Juan Y.G. en calidad de protegido, tal medida no resultó eficaz y fue realizada de forma claramente insuficiente a los fines pretendidos, pues no puede considerarse dicha medida como eficaz si se tiene en cuenta, según la relación de internos que estaban ubicados en las celdas del Departamento de Ingresos en la fecha en que ocurrieron los hechos luctuosos (17 ene. 1985) y que aparece al folio 18 del expediente, que el interno asesinado se encontraba en la celda núm. 3 y en la contigua uno de los autores de su muerte, Juan N., que en unión de otro ocupaba la celda núm. 4—, así como que otro de los autores materiales de la muerte, el interno Joaquín R.G., y el tercero de los que intervinieron en los hechos, ocupaban la misma celda (la núm. 7), todas ellas en el mismo Departamento de Ingresos en la prisión, siendo de resaltar también cómo dos de los intervinientes en los hechos pudieron acceder al locutorio de abogados en donde se encontraban los utensilios de que se valieron para intimidar primero a los funcionarios y realizar después la agresión al interno asesinado, por encontrarse la cerradura de la puerta de éste inutilizada, habiendo sido utilizado dicho locutorio por uno de los agresores horas antes sin que después de efectuado tal uso se inspeccionase el locutorio por el funcionario encargado de hacerlo.

Cuarto: Lo hasta aquí expuesto pone de relieve cómo hubo un funcionamiento anormal del servicio público que propició el resultado dañoso, pues así ha de ser considerada la actuación de la Administración del Centro Penitenciario, que teniendo conocimiento directo y cierto del peligro que se cernía sobre la vida del interno asesinado, no adoptó las medidas necesarias de protección para evitarlo, pues no puede considerarse suficiente la medida de aislamiento adoptada, cuando se realiza en el mismo Departamento de la prisión en que se encontraban los posibles, y luego efectivos, internos causantes de la muerte del interno, por lo que se da una relación de causalidad directa entre el daño producido y la actuación de los encargados de la Dirección y vigilancia del centro penitenciario que no observaron una actividad efectiva y suficiente tendente a proteger, eficazmente, la vida del interno amenazado y luego asesinado, sino que por el contrario actuaron de forma negligente en ponderación de las circunstancias expuestas para la protección vital del interno asesindo, y esta conducta propició el resultado lesivo, por cuya razón procede la responsabilidad patrimonial que se deduce y declara la sentencia apelada, sin que la conducta de los agresores materiales se entienda que altera el nexo causal, pues si bien éstos fueron los autores de la muerte del interno, su conducta se vio propiciada, como causa eficiente, por la conducta insuficientemente desplegada por la Administración penitenciaria que no adoptó las medidas suficientes, pese a las advertencias del interfecto y del Jefe de Servicios, para proteger la integridad vital del interno, que no hay que olvidar que sufrió ya una agresión pocos días antes de su violenta muerte, por lo que la responsabilidad de la Administración ha de entroncarse entre la falta de vigilancia y protección observadas y el hecho acontecido que devino por razón de esa falta de diligencia padecida, que de haberse observado habría podido evitar la acción criminal que finalmente se produjo. No ha habido, pues, interferencia en el nexo causal así apreciado, como tampoco puede estimarse el suceso acaecido como producido por fuerza mayor, en razón de que los tres internos intervinientes en los hechos se amotinaran y retuviesen a uno de los vigilantes, al que exigieron bajo amenaza las llaves de las celdas del departamento de ingresos para propiciar la salida de Juan N. y poder acceder a la celda del infortunado interno para asesinarle, si se tienen en cuenta dos consideraciones: a) que los internos, si se hubiera producido una conducta normal en la zona del «rastrillo», no hubieran podido acceder al locutorio de abogados para apoderarse de los utensilios o armas punzantes prefabricadas por ellos con materiales del propio centro penitenciario, pues el funcionario no debió permitir que uno de los internos abandonase dicha zona, y b) que si el vigilante penitenciario hubiera examinado y reconocido el locutorio de abogados después de haber sido usado por uno de los agresores (lo que está reconocido que no se efectuó) habría podido detectar la existencia en él del envoltorio que contenía las armas, o elementos punzantes, que permitieron en primer término, por su uso, reducir al funcionario y después consumar la agresión y muerte del interno Juan Y.G.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL QUE PRETENDE HACER EFECTIVA LA ACCIÓN HIPOTECARIA ANTE NOTARIO NO VULNERA LAS GARANTÍAS PROCESALES.

STS Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 16 de octubre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto: La Asociación demandante considera que el RD combatido es nulo por incurrir en infracción del art. 24 CE, en relación con el art. 117 del mismo texto, y de los arts. 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos y 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles. Entiende que el procedimiento ejecutivo extrajudicial de la hipoteca viola el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva al impedir un derecho a la oposición en cuanto a la certeza y exigibilidad del crédito y al no permitir la suspensión del procedimiento más que por causa criminal o procedimiento registral. No podemos estimar estas alegaciones en cuanto el TC, en relación con el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca, dotado de análogas características expeditivas que el que es objeto del presente litigio, ya que en ambos se trata de obtener la eficaz realización del derecho de hipoteca para pago del crédito del acreedor, ha manifestado que la sumariedad de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario, añadiendo que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados, en el que se reducen las posibilidades de suspender la tramitación mediante el juego de las excepciones (TC S 41/1981 de 18 dic., reiterada en las SS 64/1985 de 17 may. y 8/1991 de 17 ene.). Las razones expuestas son perfectamente aplicables al procedimiento ejecutivo extrajudicial en el que el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que el procedimiento requiere un pacto entre las partes que, en garantía del deudor, se exige que deba constar separadamente en la escritura (art. 234.2 RH en la redacción del RD 290/1992). Por otra parte el procedimiento ejecutivo extrajudicial de la hipoteca es equivalente al regulado por el art. 1.872 CC para que el acreedor pueda proceder a la enajenación de la prenda ante Notario, sin que quepa admitir, como afirma la Asociación recurrente, que el procedimiento a que se refiere el RD 290/1992 es idéntico al pacto comisorio prohibido por el art. 1.859 CC (que impide al acreedor apropiarse o disponer de las cosas dadas en prenda o hipoteca), ya que precisamente el procedimiento nace para evitar que sea el acreedor quien ejecute por sí mismo el derecho de hipoteca. El procedimiento ejecutivo extrajudicial tampoco vulnera el art. 117 CE, que atribuye exclusivamente a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, porque el objeto de este procedimiento es ejecutar ante Notario un derecho de hipoteca de origen contractual, no una resolución judicial, extrajudicialidad del procedimiento que se encuentra reconocida, previo acuerdo de las partes, en el art. 129.2 LH, lo que impide que pueda entenderse que existe infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, al ser válida la tramitación ante Notario derivada de pacto expreso (en forma análoga a lo que se produce en la institución del arbitraje), quedando en todo caso expedito el juicio declarativo ordinario. Sobre la presunta infracción de los arts. 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 nov. 1950) y 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 16 dic. 1966), la parte recurrente no ofrece razonamiento alguno que justifique tal vulneración, refiriéndose dichos preceptos a materias (derecho a la libertad y seguridad frente a las detenciones ilegales y derechos de los detenidos y presos a causa de una infracción penal) que no guardan relación con el tema debatido, todo lo cual conduce a la íntegra desestimación de este motivo de impugnación del RD 290/1992.

Sexto: Por último, la entidad recurrente atribuye al Real Decreto impugnado infracción del principio de reserva de ley, entendiendo que el procedimiento ejecutivo extrajudicial se debería haber regulado mediante ley orgánica, por afectar mediante una interpretación extensiva al derecho a la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.2 y 81 CE), o mediante ley ordinaria, por tener relación con el derecho de propiedad y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (arts. 33.1, 47 y 53.1 CE). Es evidente, en primer lugar, que el procedimiento ejecutivo extrajudicial, tal y como aparece regulado en la disposición general recurrida, ninguna relación guarda con la inviolabilidad del domicilio, ni permite entrada o registro en el mismo sin consentimiento del titular o resolución judicial. Por lo que se refiere a la reserva de ley ordinaria, el RD 290/1992, que modifica determinados preceptos del RH, tiene su adecuada y suficiente cobertura legal, como la tenían los preceptos modificados, en el párrafo segundo del art. 129 LH, a cuyo tenor: «en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable; aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el RH», por lo que también este motivo de impugnación ha de ser desestimado, y, con él, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión de Consumidores de la CA Madrid contra el RD 290/1992.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

6. LOS RECURSOS

Ámbito de la contradicción en los hechos probados como motivo de casación.

STS Sala 2.ª de 17 de julio de 1995.

Fundamentos de derecho

Quincuagésimo octavo: El motivo tercero se formula al amparo del art. 851.1.2 LECrim., «por cuanto —en opinión del recurrente— resulta manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida».

Pone de relieve aquí la parte recurrente que el local de autos había venido siendo inspeccionado anualmente «en aplicación de lo dispuesto en el art. 3 Regl. de Espectáculos de 1935», inspecciones que desde 1978 realizó Guillermo H.A. (siendo la última inspección llevada a cabo por el mismo la de 19 nov. 1982). Y estima que ello —recogido expresamente en el *factume*— está en flagrante «contradicción» con la afirmación —también como hecho probado— de que la Junta Central Consultiva e Inspectora de Espectáculos desconocía absolutamente «la situación real y legal-administrativa de los locales y negocios mercantiles ubicados en los sótanos del núm. 20 de la calle de Alcalá».

La «contradicción» a que se refiere el motivo examinado —como ha declarado reiteradamente esta Sala— ha de ser interna —es decir, ha de darse entre los pasajes del «hecho probado» de la sentencia—, gramatical y no conceptual —esto es, *in terminis*—, de tal modo que, al anularse, provoque un vacío en el hecho probado, y por ello impida la adecuada calificación jurídica.

Nada de esto sucede en el presente caso. Y, además, ha de reconocerse que es perfectamente posible que exista una larga serie de inspecciones anuales y que la Junta a la que se entregaban los correspondientes informes no tuviera exacto conocimiento de la situación real del local a que se refieren aquéllos: bastaría para ello que los referidos informes no fueran correctos (veraces y completos).

Por lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

Reglas jurisprudenciales sobre la cuantía del proceso en supuestos de acumulación de pretensiones en el recurso de apelación Contencioso-Administrativo.

STS Sala 3.ª de 27 de julio de 1995.

Fundamentos de derecho

Segundo: Previamente a la cuestión de fondo planteada en este recurso, ha de examinarse la relativa a la competencia de esta Sala para su conocimiento, en atención a la naturaleza y cuantía de las pretensiones ejercitadas en el mismo, habida cuenta el carácter improrrogable que tiene esta Jurisdicción, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.2 LJCA; decisión que ha de adoptarse según establece el art. 94.1 a) de dicha Ley, que exceptúa del recurso de apelación las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las AA.TT. en relación con los actos provenientes de órganos de la Administración cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y cuya cuantía no exceda de 500.000 ptas.

Esta Sala ha declarado en una reiterada doctrina, que no requiere una cita más precisa, en relación con la determinación de la cuantía del proceso a fin de verificar la aplicación de la regla contenida en el art. 94.1 a) LJCA y por lo que interesa al siguiente recurso: 1.º) Que según el art. 51.1 c) LJCA para la fijación de la cuantía en los supuestos de acumulación aquélla vendrá determinada por el valor total de las pretensiones ejercitadas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de apelación. 2.º) Que cuando se impugnan las liquidaciones tributarias la cuantía del recurso es la de la cuota de aquéllas, prescindiendo de la sanción o de los intereses que, en su caso, pudieran acompañarlas, sin que la cuantía de estos últimos pueda sumarse a la de la cuota para obtener la cuantía del recurso. 3.º) Que la cuantía es la de la cuota tributaria que corresponde a cada singular hecho imponible, por lo que si en una misma liquidación se incluyen las cuotas correspondientes a diversos hechos imponibles o en vía administrativa o económico administrativa se acumulan y resuelven en un solo acto recursos o reclamaciones formuladas contra diversas liquidaciones ha de atenderse a la cuantía de ellas, aisladamente consideradas, para decidir sobre la procedencia del recurso de apelación que pudiera interponerse.

Aunque el Tribunal de instancia haya fijado la cuantía del presente proceso en 3.559.686 ptas. atendiendo a la suma de todas las liquidaciones resueltas por el Tribunal Económico-Administrativo Foral de Vizcaya en su acuerdo de 3 ene. 1986, éste resolvió sobre seis reclamaciones formuladas contra otras tantas liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Santurce y que fueron acumuladas por el órgano económico-administrativo. De aquéllas no alcanzan la cuota de 500.000 ptas. la tramitada con el núm. 323/1983, correspondiente al año 1982, y las tramitadas con los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

núms. 1.262/1983 y 361/1983 correspondientes, respectivamente, al primer y segundo semestre del año 1983, por lo que, respecto a ellas el presente recurso ha de declararse inadmisible.

La inadmisión del recurso contra el silencio del Jurado de Expropiación como supuesto de vulneración de derechos fundamentales.

STC Sala 2.ª 136/1995 de 25 de septiembre.

Fundamentos de derecho

Cuarto: En efecto, los argumentos contenidos en la sentencia impugnada para sostener la inexistencia de un acto administrativo susceptible de recurso y aplicar, en consecuencia, la causa de inadmisión prevista en el art. 82 c) LJCA descansan sobre tres premisas fundamentales con las que justificar por qué frente a la pasividad o inactividad de los Jurados de Expropiación en la fijación del justiprecio no es posible aplicar la técnica del silencio administrativo. La primera de ellas consiste en afirmar que los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa, por razón de la naturaleza arbitral de sus funciones, quedan desvinculados de la organización jerárquica de la Administración. La segunda, toma en consideración el hecho de que actúan de oficio por lo que ante ellos los administrados no formulan verdaderas peticiones. Y, finalmente, porque cuando se incumpla el plazo legal para resolver (art. 34 LEF), podrá denunciarse la mora (arts. 56 a 58 LEF), cuyo efecto es el devengo del interés legal del justiprecio. Por tanto, la denuncia de la mora genera un efecto *ope legis* y nunca un acto administrativo presunto por aplicación de la técnica del silencio. En suma, como señala el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, si se aplicase la técnica del silencio administrativo ante la demora de los Jurados de Expropiación, y se admitiese la existencia de un acto administrativo susceptible de recurso, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo —tal como ocurrió en el caso presente— terminarían fijando por sus propios medios el justiprecio, asumiendo una función que legalmente sólo corresponde a los Jurados de Expropiación.

Sin embargo, estas premisas no pueden ser compartidas. Es indudable que las resoluciones por las que los Jurados de Expropiación fijan el justiprecio ultiman la vía administrativa y que contra las mismas «procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo» (art. 35.2 LEF), por lo que merecen la consideración de «actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo» a los efectos del art. 1.1 LJCA. Es claro, también, que en el presente asunto el Jurado Provincial dejó transcurrir con creces el plazo para resolver, sin justificar las causas del retraso, incumpliendo una obligación

legalmente impuesta (art. 34 LEF) y causando una demora en el efectivo reconocimiento del derecho subjetivo del hoy actor a percibir una indemnización como consecuencia de la expropiación de sus bienes.

Es igualmente cierto que ante la conducta omisiva del Jurado de Expropiación el hoy actor denunció debidamente la mora, sin que esta denuncia pueda ser restrictivamente considerada, como pretende el Abogado del Estado, a los solos efectos de devengo de intereses *ex* art. 56 LEF, puesto que no cabe descartar su validez como manifestación reaccional del administrado por la que se interesa que la Administración ponga remedio a su inactividad. Es más, aunque se partiera de la premisa de que el procedimiento ante el Jurado de Expropiación es un procedimiento incoado de oficio, no puede desconocerse: que de él pueden derivarse efectos favorables para el expropiado, que éste ha sido parte en el referido procedimiento y en él ha formulado una valoración de los bienes expropiados mediante la hoja de aprecio a la que no cabe negar características materiales de petición y, en fin, que en este caso el procedimiento trae causa de una previa actuación de gravamen de la Administración —que conlleva nada menos que la ocupación de la finca sin consignación previa— que produce sin duda una minoración de la esfera jurídica del particular. Por esta razón, como se declaró en el ATC 409/1988, «no es cierto que, en virtud de una interpretación formalista, un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la eventual denegación tácita de la petición (en aquel supuesto como en el presente, a formular ante la pasividad de un Jurado de Expropiación Forzosa) hubiere de ser inadmitido por inexistencia de acto previo. Si esto ocurriera, siempre se podrá acudir de nuevo ante este Tribunal invocando el art. 24.1 CE».

Finalmente, tampoco la admisión del recurso supone necesariamente —como pretende el Abogado del Estado— que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo tengan que sustituir al Jurado de Expropiación y fijar por sí el justiprecio, puesto que, sin perjuicio de que la jurisdicción no tiene por qué tener siempre un carácter exclusivamente revisor, es cierto que, para la satisfacción del derecho a la tutela del recurrente, les puede bastar con ponderar, en cada supuesto, las circunstancias causantes de la inactividad administrativa en relación con los perjuicios que de aquélla se puedan derivar para los derechos e intereses legítimos del administrado, reconociendo, en su caso, su derecho a que el Jurado de Expropiación resuelva en plazo, y adoptando, en el trámite de ejecución de sentencia, las medidas necesarias para reparar esa inactividad de la Administración.

Por el contrario, en la sentencia del TS, al partirse de la idea de que la única inactividad de la Administración susceptible de revisión jurisdiccional es aquella que se puede identificar mediante una aplicación formalizada y restrictiva de la técnica del silencio administrativo, se consideró que no existía jurídicamente un acto, siquiera ficticio o tácito, de acuerdo con la legislación aplicable en ese momento

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que permite llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración o, más simplemente, no consideró que el administrado estaba legalmente facultado para reaccionar frente a esa pasividad, con el inadmisible efecto, desde la óptica del derecho que reconoce el art. 24.1 CE, de convertir la inactividad de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa, en punto a la cuantificación del justiprecio, en un ámbito inmune al control judicial. Se trata, pues, como queda dicho, de una inactividad consistente en la no realización de un acto administrativo al que la Administración venía legalmente obligada, del que dependía un derecho del administrado —al cobro del justiprecio— y que traía causa de una previa actuación de gravamen de la propia Administración —una expropiación con ocupación— que había producido una minoración de la esfera jurídica del particular. Esa interpretación de la legalidad ordinaria, notoriamente desfavorable a la efectividad del acceso a la jurisdicción, conduce a una ablación del derecho fundamental del actor a la tutela judicial efectiva, al impedirle reaccionar jurisdiccionalmente frente al comportamiento pasivo de la Administración en defensa de sus derechos e intereses legítimos. La presente demanda de amparo ha de ser, en consecuencia, estimada.

Consecuencias de la interposición simultánea de los recursos contencioso-administrativos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y ordinario.

STS Sala 3.ª de 8 de febrero de 1995.

Fundamentos de derecho

Quinto: Los tres recursos de casación promovidos por la Generalidad de Cataluña, el Colegio de Abogados de Barcelona y el Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña alegan como primer motivo de casación la infracción por la sentencia impugnada de la «cosa juzgada», efecto que a su juicio produce respecto al asunto planteado la S 20 ene. 1992, dictada por la Secc. 7.ª de esta Sala 3.ª del TS en el recurso de apelación núm. 10.278/1990, deducido contra S 10 oct. 1990, pronunciada por la Sala de este orden jurisdiccional del TSJ Cataluña en recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales, regulado por la L 62/1978 de 26 dic. En la citada S 20 ene. 1992 se declaró que la supresión de la expresión «o toga» del art. 17 h) de los Estatutos del Colegio de Graduados Sociales de Barcelona, decidida por la resolución del Consejero de Justicia de la Generalidad de Cataluña de 7 may. 1990, no suponía violación del derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE. El Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña ampara este motivo de casación en el núm. 3.º del art. 95.1 LJCA, mientras que el Colegio de Abogados de Barcelona invoca el núm. 4.º (con cita del art. 1.252 CC) y la Generalidad de Cataluña hace una remisión genérica, anterior a la exposición, a los núms. 3.º y 4.º (defecto procesal en todo caso subsanable), debiendo entenderse, en relación con la cuestión, que la alegada infracción de «cosa juzgada» debe enjuiciarse como motivo 4.º del mencionado art. 95.1, considerándose norma que se alega como infringida el art. 1.252 CC. La doctrina jurisprudencial acerca de las relaciones entre el recurso contencioso-administrativo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (L 62/1978) y el contencioso-administrativo ordinario admite que la persona interesada (en este caso el Colegio de Graduados Sociales de Barcelona) pueda interponer los dos recursos simultáneamente, si bien, decidido mediante sentencia firme el recurso preferente y urgente de la L 62/1978, no pueden los órganos judiciales competentes para conocer del recurso ordinario revisar válidamente los pronunciamientos formulados sobre la vulneración de derechos fundamentales (en el supuesto enjuiciado en relación con el art. 14 CE), pero podrán resolver la cuestión planteada desde el punto de vista de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria. En este sentido se ha pronunciado la STC 42/1989 de 16 feb., confirmada por la de 1 de junio del mismo año. Tomando en cuenta este criterio debemos rechazar el motivo de casación fundado en la «cosa juzgada», porque la sentencia recurrida, aunque dedica el fundamento de Derecho cuarto a justificar que el uso de la toga por los Graduados Sociales en las actuaciones procesales correspondientes no ha de suponer una vulneración al principio constitucional de igualdad, lo cierto es que también ampara el fallo que pronuncia en la interpretación de los arts. 187 y 440.3 LOPJ (este último en su primera redacción, naturalmente), desde un punto de vista que exclusivamente se ciñe a la legalidad ordinaria, sin conexión de la materia con el principio constitucional de igualdad, argumentación que se encuentra desarrollada en el fundamento de Derecho tercero, apoyándose en diversos razonamientos: no contener el art. 187 una enumeración exhaustiva o excluyente, mantener la dignidad de todos los profesionales que intervienen en los procesos, evitar situaciones de desequilibrio entre las partes y el hecho de utilizarse la toga por profesionales o personas distintas a las expresadas en el art. 187, entre otras; razones todas ellas basadas en la exégesis de los preceptos (de legalidad ordinaria) de la LOPJ. Por tanto, la sentencia ahora impugnada en casación no resuelve el tema litigioso exclusivamente desde el punto de vista del principio de igualdad, ni juzga en base a los mismos presupuestos y consideraciones que la S 20 ene. 1992 (ceñida al principio mencionado), sino que desarrolla en el tercer fundamento de Derecho una interpretación de los arts. 187 y 440.3 LOPJ centrada en los problemas de legalidad ordinaria que dichos preceptos plantean, lo que conduce a rechazar el motivo de casación basado en la «cosa juzgada».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Consecuencias de la sustitución del recurso de apelación contencioso-administrativo por el extraordinario de casación.

STS Sala 3.ª de 13 de febrero de 1995.

Fundamentos de derecho

Segundo: En el escrito de interposición del recurso de casación que examinamos se invoca como motivo amparador del mismo el previsto en el art. 95.1.4 LJCA —«infracción de normas del Ordenamiento Jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate»—, citándose como normas infringidas el art. 22 CE, sobre derecho de asociación, y el art. 25.2 CE, referido al derecho a la reinserción social de quienes cumplen penas privativas de libertad o medidas de seguridad, pero es lo cierto que en lugar de tomarse en el recurso como objeto de crítica la sentencia, para referir a ella las infracciones denunciadas, lo que se hace es referir tales infracciones al propio acto recurrido, esto es, a la Circular del Director General de Instituciones Penitenciarias.

Por tanto, las infracciones imputadas a la sentencia son mera consecuencia de no haberse apreciado en ella las vulneraciones imputadas, en fase de instancia, a la Circular recurrida.

No existe, por tanto, una precisa relación entre el motivo invocado y las eventuales infracciones en que pudiera haber incurrido la sentencia, apartándose así el recurso que examinamos de la interposición que corresponde a un recurso extraordinario, cual es el de casación, hasta el punto de no diferenciarse esa formalización del recurso de la que es propia de un recurso ordinario de apelación, olvidando el recurrente, como advierte el MF, la reforma operada en la LJCA por la L 10/1992 de 30 abr., que sustituyó el recurso ordinario de apelación por el extraordinario de casación, mutación que no estriba en un simple cambio de denominación, sino en algo tan sustancial como que así como en el recurso ordinario de apelación el Tribunal *ad quem* vuelve a enjuiciar las pretensiones de las partes, en el extraordinario de casación han de ser éstas las que denuncien ante el Tribunal *ad quem* las infracciones concretas, amparadas en el art. 95 LJCA, en que ha incurrido la sentencia y/o las infracciones que se hayan observado en el procedimiento, quedando esta Sala del TS constreñida a dar respuesta, exclusivamente, a las presuntas infracciones concretamente denunciadas en materia de jurisdicción, incompetencia o inadecuación de procedimiento, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, o infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueron aplicadas para resolver las actuaciones objeto del debate, con los pronunciamientos que se prevén, según los casos, en el art. 102 LJCA.

Improcedencia del error de la apreciación de la prueba cuando se fundamenta en múltiples documentos.

STS Sala 2.ª de 15 de noviembre de 1994.

Fundamentos de derecho

Tercero: Razonada así la desestimación del recurso de casación por quebrantamiento de forma, pasamos a examinar los cuatro motivos del que fue interpuesto por infracción de ley, comenzando por el motivo 3.º en el que se alega error en la apreciación de la prueba fundándose en una pretendida prueba documental, por el cauce del art. 849.2 LECrim.

Al efecto se hace una relación de treinta y dos pretendidos documentos (algunos más, porque muchos de ellos engloban varios), sin que ni el escrito de preparación ni en el de formalización se concreten los particulares de cada uno de ellos (art. 855.2 LECrim.), ni tampoco se precise el concepto en el que esos particulares se oponen a los hechos declarados probados (art. 884.6 de la misma ley procesal).

Tales deberes formales aquí incumplidos tienen una razón de fondo importante, cual es la obligación del recurrente de precisar el contenido de aquello que se recurre, de modo que no tenga que adivinar el Tribunal *ad quem* el objeto concreto del recurso.

En el sistema de nuestra ley procesal, en lo concerniente a la regulación de los motivos de casación del art. 849.2, tiene especial importancia ese deber de precisión respecto del pretendido error en la apreciación de la prueba: tiene que determinarse un extremo concreto de un documento obrante en autos respecto del cual el propio documento, teniendo en cuenta su naturaleza y contenido, tiene fuerza probatoria y, además, ha de concretarse cómo ese particular que el documento acredita por sí mismo se encuentra en contradicción con algunos de los extremos importantes que se declararon probados en la sentencia de instancia.

Si a tal contradicción entre lo que el documento acredita y el hecho probado se une el que sobre el extremo de hecho de que se trate no hay otro medio de prueba que pueda arrojar un resultado probatorio diferente al que del documento se infiere (no olvidemos que en el sistema de libre apreciación de la prueba que nuestra legislación procesal acoge no existe ningún medio que tenga por sí mismo un valor preferente a los demás, ni siquiera la prueba documental), nos encontramos entonces ante el procedimiento de impugnación propio de la casación regulado en el art. 849.2 LECrim., que en tal ley es el único que puede utilizarse pra conseguir la modificación del relato de hechos probados declarado como tal por la Audiencia.

En el caso presente únicamente se hace una relación de muchos pretendidos documentos, que se repite en el escrito de preparación y en el de formalización, añadiéndose luego respecto de algunos de ellos (solamente tres) la reproducción parcial de su contenido, con

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la particularidad de que estos tres cuyo texto parcial se reproduce son precisamente manifestaciones escritas o verbales de un testigo y un acusado cuya credibilidad sólo puede valorarse en la instancia (no son documentos a los efectos del art. 849.2 LECrim., como ocurre con la mayor parte de los designados como tales por los recurrentes en el presente motivo 3.º).

El mecanismo de impugnación que utilizan aquí los recurrentes, por medio del cual pretenden acreditar errores en la apreciación de la prueba al amparo del tan repetido art. 849.2 LECrim., no es el que esta norma procesal prevé, pues la cita globalizada de un conjunto de medios de prueba como acreditativos de tales errores nos conduce inevitablemente no a una valoración individualizada de un concreto documento que pone de manifiesto la realidad de un hecho contradictorio con el relato de hechos probados, sino a una valoración conjunta de diversos medios (prácticamente toda la prueba existente) que es precisamente lo que constituye una atribución exclusiva del Tribunal de instancia en un sistema procesal como el nuestro, en el que la casación aparece como un recurso de carácter extraordinario que exige, en principio, respecto a la declaración de hechos probados realizada en la instancia.

En resumen, rechazamos este motivo 3.º por las razones siguientes:

1.ª La mayoría de los documentos en que se pretende basar el error en la apreciación de la prueba no constituye una verdadera prueba documental, la única apta al efecto, según lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim.

2.ª No se designaron los particulares de los pretendidos documentos en aquellos extremos que los recurrentes reputan contradictorios con los hechos probados, por lo que el motivo pudo inadmitirse (arts. 855.2 y 884.6 LECrim.), lo que ahora es causa de desestimación. Solamente se consignaron tales particulares respecto de unos medios de prueba (tres en concreto) que son declaraciones de un testigo y de un acusado, lo que no constituye prueba documental.

3.ª No cabe construir una impugnación por error en la apreciación de la prueba, conforme al tan citado art. 849.2 LECrim., fundándose en múltiples pretendidos documentos, pues ello conduce a una valoración conjunta de la prueba que, por exigencias de los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, corresponde en exclusiva al Tribunal que presidió el juicio oral y no puede ser revisado en casación.

STS Sala 2.ª de 19 de diciembre de 1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: La actividad judicial a través del proceso penal está obligada al mantenimiento de un orden, de unas maneras y de un trámite. Sabido es que ha de evitarse que simples infracciones formales, más o menos trascendentales desde el punto de vista procedimental, impidan el conocimiento y enjuiciamiento de los verdaderos problemas que se debaten. Es también una cuestión de límites, de ponderación y de proporcionalidad, porque lo que es acertado y eficaz para los derechos de unos puede a su vez ser gravemente atentatorio en los derechos fundamentales de otros.

Nadie puede poner en duda la constitucionalidad del sobreseimiento libre, como resolución nacida del órgano jurisdiccional competente en la llamada fase intermedia, mediante el cual se pone fin al procedimiento penal incoado con una decisión que constituye una definitiva absolución si es libre, con los efectos de cosa juzgada consiguientes. El sobreseimiento libre se pronuncia ante la falta absoluta de tipicidad del hecho o de la responsabilidad penal de su presunto autor, mientras que el sobreseimiento provisional no deja de ser sino un supuesto de «impotencia investigadora».

Sin embargo, al ser el sobreseimiento libre recurrible en casación, es imprescindible que en el mismo se hagan constar los hechos que son objeto del proceso y el derecho aplicable, con objeto de permitir el correspondiente control jurisdiccional. Aparte de que el recurrente conozca el hecho y sus circunstancias, es necesario que la Sala casacional pueda juzgar sobre la correcta aplicación del Derecho en la medida en que ha de saber cuáles son los hechos que se sobreseen y cuáles las razones tenidas en cuenta por la Audiencia.

Quinto: Se trata, pues, de una decisión trascendente que por eso requiere un escrupuloso análisis de forma y de fondo. No en balde está igualmente en juego el derecho fundamental a la tutela efectiva que el querellante persigue a través del juicio oral adecuado.

Es la LECrim. la que señala el camino procesal de esta tan importante decisión judicial, ahora en el ámbito del proceso ordinario. El propio Fiscal, en la línea de lo por él solicitado en la instancia, al instruirse del recurso de casación que se estudia aquí, ha expresado sus dudas al respecto porque señala que el auto recurrido se dictó para resolver la apelación contra un auto de procesamiento, aunque después también se decidiera el sobreseimiento una vez que se estimaba la repetida apelación y se dejaba sin efecto la medida provisional del art. 384 ya dicho.

Por todo lo expuesto se estima concurrente una serie de circunstancias que hacen ahora inviable el pronunciamiento recurrido. Desde luego el auto de la Audiencia expone con toda clase de detalles jurídicos las razones de fondo que a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su juicio justifican el sobreseimiento, aunque se olvida de consignar, ni siquiera lo menciona, el apartado correspondiente del art. 637 procedimental en el que obligatoriamente ha de apoyarse esa decisión.

Mas además se infringen las normas procesales atinentes al proceso ordinario. No puede olvidarse que el procedimiento especial de los arts. 804 al 815 LECrim. tiene que basarse en dicho proceso ordinario para lo que no esté específicamente regulado. Es así que, como todo sumario, habrá de finiquitar en cualquier caso con el correspondiente auto de conclusión (art. 812 en relación con los arts. 622, 623 y 627).

La Audiencia debió limitarse a estimar el recurso de apelación y dejar sin efecto el procedimiento para a continuación remitir las actuaciones al Instructor con objeto de que éste las concluyera conforme a Derecho y las remitiera nuevamente a la Sala de instancia a sus efectos. Sólo así se estaría dentro de lo que las partes, incluido el Fiscal, instaban en defensa de sus derechos. Lo que no puede hacerse es, sorpresivamente y a la vez que se estima la apelación tan repetida, sobreseer libremente las actuaciones referentes a un sumario que quedaría entonces sin concluir. No siempre las razones de economía procesal sirven para soslayar trámites formales que, por encima de la benévola predisposición doctrinal existente, se constituyen en esenciales.

Así pues, sin discurrir respecto de los dos motivos alegados, y de conformidad con lo acabado de referir, en la idea expuesta por el Fiscal, se ha de anular la resolución recurrida para sólo mantenerla en cuanto a la estimación del recurso de apelación resuelto por la instancia, en consonancia con lo referido en el art. 238.1 y 3 LOPJ.

7. LA INSTRUCCIÓN

Alcance del secreto sumarial respecto a manifestaciones de un Magistrado a los medios de comunicación.

STS.

Fundamentos de derecho

Quinto: El motivo octavo se ampara en el art. 849.1 LECrim., por estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 367 CP.

1.— El precepto penal que se invoca, ubicado en el Cap. IV Tít. VII, dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, castiga al funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y no deban ser divulgados.

El tipo penal exige como punto de referencia inexcusable que lo revelado tenga carácter secreto,

que haya sido conocido por razón del oficio o cargo y que tales secretos no deban ser divulgados. Se trata con ello, como señala la doctrina, de proteger la reserva de los secretos oficiales, en cuanto que existe o se reconoce un derecho público a la reserva del conocimiento y a la prohibición de difusión de secretos o informaciones sobre cualquier materia del conocimiento funcionarial que no esté destinado al público conocimiento.

En el caso que nos ocupa, se trata de informaciones facilitadas a varios medios de comunicación escritos que indudablemente hacían referencia a valoraciones o datos que existían en unas diligencias sumariales que habían sido tramitadas por la Magistrada-Juez a la que se imputa la comisión del delito.

2.— La naturaleza pública o secreta de las actuaciones sumariales ha sido sometida a revisión por el propio texto constitucional y matizada por diferentes resoluciones del TC.

El art. 301 LECrim., que procede de su redacción originaria, cuando la fase de investigación judicial tenía un carácter netamente inquisitivo y no contradictorio, dispone que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El precepto mencionado reacciona frente a la revelación indebida del secreto del sumario estableciendo una simbólica multa para los Abogados, Procuradores y demás personas que no siendo funcionarios públicos revelen secretos sumariales y reservando la sanción penal para los funcionarios públicos, sin hacer una referencia específica a las Autoridades.

En relación con la actuación que deben observar las Autoridades que participan en la investigación, respecto del secreto sumarial, el Estatuto Orgánico del MF, de 30 dic. 1981, dispone, en su art. 4.5, que el MF para el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas podrá: «informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con arreglo al secreto del sumario».

Con carácter previo a esta disposición nuestro texto constitucional establece que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento, por lo que se debe llegar a la conclusión que la regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es ante todo una excepción a la garantía constitucional inscrita en el art. 120.1 CE. Como destaca la TC S 13/1985 de 31 ene., la admisión que hace la disposición constitucional a la excepción a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales, como son el derecho a un proceso público y el derecho a recibir libremente información.

Si bien nadie discute que la fase sumarial o de investigación por medio de las diligencias previas puede tener aspectos concretos salvaguardados por el secreto, conviene señalar que es necesario

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

—como alecciona la sentencia dictada— una interpretación estricta, no pudiendo su mera alegación suponer una limitación de más derechos que los específicamente afectados por la norma entronizada del secreto. El secreto del sumario no quiere decir ni significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales.

Queda con ello relativizado el carácter secreto de las actuaciones de investigación judicial, que no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de información sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoración sociológica derivadas de la naturaleza de los hechos investigados.

3.— En realidad la integración del proceso penal tradicional en el marco tutelar de la CE exige una adecuación del alcance y trascendencia del secreto sumarial no sólo en torno al derecho a la información, sino en relación con el ejercicio del derecho de defensa, en aquellos casos en que el órgano instructor acuerda de manera expresa la declaración del secreto de las actuaciones por un período de tiempo determinado, cuya extensión se establece en el art. 302.2 LECrim. Este secreto específico tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y frustrar sus objetivos. En este caso, como ha señalado la TC S 176/1988 de 4 oct., no se interfiere el derecho de defensa, sino que se le suspende durante un período taxativamente limitado de tiempo y se le restituye íntegramente cuando se decide alzar al secreto.

Tiene sentido distinguir entre un secreto de primer grado o genérico, el del art. 301 LECrim., y un secreto de segundo grado o reduplicado del art. 302 del mismo texto legal. En el primer caso y sobre todo a partir de la modificación del art. 118 LECrim., que permite al imputado tomar conocimiento de las actuaciones desde el momento mismo de la detención, existe una mayor permeabilidad de las diligencias sumariales que son conocidas por las partes en su integridad, sin que ello quiera decir que estén destinadas a ser publicadas en los medios de comunicación de manera completa y textual.

La apertura de las actuaciones al conocimiento de las partes intervinientes se consagra de manera expresa en el art. 234 LOPJ, que obliga al Secretario y persona judicial a dar a los interesados —que pueden no ser parte— la información que soliciten sobre las actuaciones, salvo que se hubieran declarado secretas conforme a la ley. La constatación de que las partes intervinientes en actuaciones sumariales que alcanzan un interés público relevante hacen manifestaciones a la salida de las dependencias judiciales relatando con mayor o menor minuciosidad, el contenido de las diligencias practicadas aconseja replantear cuál es el alcance y verdadero significado actual del secreto sumarial. En síntesis lo que que debe ser resguardado es todo aquello que pueda perjudicar el éxito de la invetigación o afectar a la intimidad o seguridad de las personas inmersas en un proceso penal. Por el contrario, existen noticias que difícilmente pueden ser sustraídas a la información pública, como las relativas a la detención y puesta a disposición judicial de una determinada persona. No es lo mismo publicar el dato relativo a la implicación de una persona en los hechos que están siendo investigados que dar detalles precisos de sus declaraciones o de las pruebas existentes en su contra.

Como señala la TC S 31 ene. 1985, antes citada, la aplicación concreta del secreto sumarial requiere una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos que los estrictamente afectados. Solamente aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo podrán ser difundidos, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido en sí mismo una revelación indebida.

4.— El contenido del sumario se integra por datos o investigaciones determinadas que constituyen la esencia de lo que debe ser resguardado, pero ella no impide que las referencias genéricas a la materia y naturaleza del hecho investigado puedan ser conocidas sin desvelar las informaciones concretas que constituyen el núcleo central de la investigación judicial. No se puede limitar la noticia e información sobre el objeto de unas diligencias o sumario si no afectan al concreto contenido de las diversas diligencias practicadas.

En este sentido se debe entender por sumario, siguiendo estrictamente la definición del art. 299 LECrim., las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, es decir, todas aquellas en las que se recogen los medios de investigación o pruebas preconstituidas que constituyen la base necesaria para la apertura del juicio oral. El secreto sumarial se circunscribe, por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También carecen de esta consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos. Fuera de este marco delimitador el secreto del sumario, considerado como regla general o de primer grado, no puede extenderse, salvo que el propio órgano juzgador haya declarado expresamente secretas determinadas partes de las actuaciones.

5.— Las declaraciones a los medios de comunicación que se imputan a la Magistrado-Juez aparecen reflejadas en el relato de hechos probados y a ellas hemos de ajustarnos por imperativo del medio casacional elegido. No es necesario

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

transcribirlas en su integridad, ya que ello corresponde más bien a los antecedentes fácticos y a ellos nos remitimos para complementar su contenido.

Se debe partir de una consideración previa que afecta sustancialmente a la resolución del motivo y que es la siguiente: las actuaciones fueron declaradas secretas el día 25 mar. 1993; el secreto fue prorrogado el siguiente día 25 de abril y se alza definitivamente por A 10 may. 1993. Al mismo tiempo se debe hacer constar que el 17 may. 1993 se dicta, de manera procesalmente incorrecta, asunto de inhibición a la Sala 2.ª del TS por estimar que están implicadas personas aforadas.

Como destaca el hecho probado, entre las dos fechas antes mencionadas se da entrada a una parte acusadora y se amplía la investigación a hechos que nada tienen que ver con el contenido de la primitiva querella.

Todas las manifestaciones a los medios de comunicación se producen con posterioridad al levantamiento del secreto sumarial y hacen referencia de manera genérica a la existencia de una red de corrupción judicial en Marbella y se imputa un cierto grado de responsabilidad a miembros del Consejo General del Poder Judicial por no hacer, a su juicio, el esfuerzo obligado para depurar las responsabilidades de miembros del Poder Judicial.

Más adelante se añade que no quiso revelar las personas aforadas que aparecen en las diligencias instruidas, aunque sí confirmó el nombre de uno de ellos. Implica a la Fiscalía de Málaga en la inactividad para perseguir los hechos y facilita el nombre de uno de los implicados cuya detención previa hacía que el hecho fuera sobradamente conocido.

Éstas son, en síntesis, las manifestaciones a los medios de comunicación realizadas por la acusada, que, como puede observarse, no afectan al contenido específico de actuaciones sumariales concretas ni se trata de informaciones que no puedan ser divulgadas, ya que si bien no es oportuno ni conveniente que un Juez de Instrucción se convierta en portavoz de los asuntos que está tramitando, no por ello su conducta, reprochable por otros conductos, puede ser incardinada en el supuesto típico del art. 367 CP.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

7. EL JUICIO ORAL

La consideración homogénea del delito culposo y el paralelo doloso vulnera el principio acusatorio.

STS Sala 2.ª de 23 de octubre de 1995.

Fundamentos de derecho

Tercero: Antonio B.L. recurrió por tres motivos diferentes. Hemos de acoger el primero de ellos en el que, por el cauce del art. 5.4 LOPJ, se aduce infracción de derechos fundamentales de orden procesal del art. 24.1 y 2 CE en relación con el principio acusatorio.

Fue acusado de inducción a un asesinato frustrado y, sin embargo, se le condenó como inductor de un delito de amenazas y como autor de otro de imprudencia temeraria.

Como dice el recurrente, nadie puede ser condenado por aquello de lo que no ha sido acusado, por exigencias del llamado principio acusatorio, en virtud del cual todo inculpado tiene derecho a conocer, con la antelación y el detalle necesarios, la acusación que contra él se formula, para así poder defenderse con las alegaciones y pruebas que estimen oportunas en consideración precisamente a los hechos y al delito que se le imputó.

El sistema acusatorio que informa del proceso penal español, reforzado en nuestro país desde la vigencia del nuevo sistema democrático instaurado por la CE, la cual confiere rango de derechos fundamentales a las garantías procesales que recoge en su art. 24, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se había acusado y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la correspondiente estrategia defensiva.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el art. 650 LECrim., o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el Juzgado o Tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso, y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia.

Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque, si así lo hiciera, causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que pudiera haber tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por Ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación diferente, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la imposibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado (TC S 134/1986 de 29 oct., entre otras).

Como ya antes hemos indicado, se acusó a Antonio B.L. en calidad de inductor a un asesinato que luego resultó frustrado, porque se afirmaba que Emilio S.B. actuó instigado por Antonio, que tenía un grave problema laboral en su empresa de desguace, cuyos locales iban a ser expropiados para obras de la Villa Olímpica de Barcelona.

Fue absuelto de tal asesinato frustrado, pese a lo cual se le condenó por inducción a un delito de amenazas y por imprudencia temeraria.

Por prueba de indicios la sentencia recurrida estimó acreditado que hubo un encargo de Antonio B.L.

a Emilio S.B. para que éste amenazara al encargado de la empresa de desguaces del primero, Juan José O.T., y, como conocía bien el inductor la personalidad de ambos (que éste no se dejaba atemorizar con facilidad y que aquél era un sujeto peligroso por haber sido condenado varias veces por delitos de tenencia ilícita de armas y robos con violencia en las personas), la misma sentencia entendió que «el procesado Antonio B.L. incurrió en la más grave de las negligencias al contratar al acusado Emilio S.B. para que atemorizara a su encargado». Aunque Antonio B.L. no llegara a prever que Emilio S.B. pudiera atentar contra la vida de Juan José O.T., entiende la Audiencia que tal atentado pudo y debió ser previsto por el inductor de las amenazas en consideración a las mencionadas personalidades del autor del hecho y de su víctima.

Sin perjuicio de manifestar aquí nuestras dudas respecto de la referida prueba de indicios que la sentencia recurrida utilizó para dar como justificada la referida investigación a tales amenazas, en la línea expuesta por el recurrente al desarrollar su motivo segundo, podemos decir que, aun admitiendo tales amenazas, en ningún caso debió condenarse por imprudencia, pues no cabe reputar imputable en contra del inductor el exceso que el inducido tuvo en su actuación respecto del mandato que en el caso presente le fue encomendado. Es tal la intensidad de este exceso que no cabe atribuir responsabilidad penal alguna al inductor, ni siquiera a título de imprudencia. Parece excesivo hablar de infracción de un deber de cuidado en Antonio B.L. respecto de algo tan inusitado como el hecho de autos. Estimamos que no hubo previsibilidad en ese gravísimo intento de asesinato. No insistimos más en este tema, porque hubo una clara violación del principio acusatorio, cuestión previa de carácter procesal, que nos conduce a la misma solución absolutoria:

A) Con relación al delito de amenazas, es claro que de ellas nadie acusó a Antonio B.L., pese a que, como bien dice la sentencia recurrida, en el relato de hechos que el MF hace en sus calificaciones provisionales se habla de tales amenazas, pero sólo como camino que conduce a explicar las incidencias previas al hecho del asesinato. Unicamente se acusó por este último delito, acusación que no implica la de un delito de amenazas. No hay homogeneidad entre estos dos delitos en lo relativo al juego del principio acusatorio. Antonio no pudo defenderse del delito de amenazas por el que fue condenado.

Si la Sala advirtió la posible absolución por el asesinato frustrado y que en los mismos hechos había un delito heterogéneo, tenía que haber formulado la correspondiente tesis a la acusación conforme al art. 733 LECrim., y si la acusación aceptaba cambiar su calificación o añadir otra alternativa en los términos expuestos, entonces y sólo entonces podría haber condenado por tales amenazas.

B) Lo mismo cabe decir respecto del delito de imprudencia temeraria del art. 565 CP por el que la Audiencia condenó cuando únicamente se había acusado por el mismo hecho doloso que se dijo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

imputable a Antonio B.L. a título de inducción (asesinato frustrado).

Se acusó porque, por iniciativa de Antonio, ambos (Antonio B.L. y Emilio S.B.) se habían puesto de acuerdo para que este último matara a Juan José O.T. por los problemas laborales existentes. Sin embargo, la Audiencia condenó por un hecho diferente, las citadas amenazas con objeto sólo de intimidar (no de matar), que, a su vez, se reputaron grave negligencia respecto del no menos grave suceso que se produjo, un disparo con intención de producir la muerte que afortunadamente se frustró.

Nadie acusó de tales hechos cometidos por negligencia en la persona del inductor, sólo del correspondiente hecho doloso tramado por los dos acusados de mutuo acuerdo. Antonio B.L. no pudo defenderse de tal hecho imprudente, lo mismo que no pudo defenderse respecto de las mencionadas amenazas. Es más, en esta última condena aparece la indefensión aún con mayor claridad.

No nos hallamos aquí ante un caso en el que pudiera pensarse que la acusación por un hecho doloso implica la del mismo hecho imputable a título de culpa y en el que realmente el acusado pudiera haberse defendido de una y otra acusación (la del delito doloso y la del culposo), como parece que ocurrió en el caso de la sentencia de esta Sala de 7 mar. 1989, en el que la tesis de la imprudencia afloró al debate por iniciativa del propio acusado (en todo caso, para evitar dudas en estas cuestiones, debe plantearse acusaciones alternativas) y en el que la conducta objetiva en el delito doloso y culposo era idéntica. Por el contrario, en el caso presente, la conducta objetiva por la que se condenó era muy diferente de aquella por la que se acusó. Los hechos en que se fundó la acusación por dolo (inducción y consiguiente acuerdo entre inductor e inducido para matar a una persona) son esencialmente diversos de aquellos que la sentencia recurrida consideró probados y sirvieron de fundamento para una condena por delito culposo (la inducción para intimidar exclusivamente que, por exceso en la actuación del inducido, originó un disparo de una pistola con ánimo homicida). Es evidente que tal acusación por dolo no permitía al acusado ni siquiera imaginarse que pudiera existir una posterior condena por imprudencia. Claro es que no pudo defenderse de la negligencia grave por la que fue condenado.

Como dice la sentencia de esta Sala de 20 sep. 1994, núm. 1.608, no es relevante si, en estos casos, la diferencia de los delitos (doloso y culposo) radica de la teoría del delito, dada la diversa estructura conceptual del dolo y de la culpa. Lo que importa es la diversidad entre el objeto procesal conforme al cual se tramitó el proceso que aparece determinado por la acusación y aquel otro objeto por el que se condenó.

La mencionada S 20 sep. 1994, y otras dos anteriores, la de 22 mar. 1991 y la de 1 jul. 1993, afirman, como regla general, el carácter heterogéneo del delito doloso y el paralelo culposo a los efectos del principio acusatorio que aquí examinamos.

Procede estimar el motivo primero del recurso de Antonio B.L., con la consecuencia absolutoria que se declara en la segunda sentencia, lo que nos excusa del examen de los otros dos.

9. MEDIDAS CAUTELARES

LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL NO SON NECESARIAMENTE LOS MISMOS QUE DEBEN EXIGIRSE PARA EL MANTENIMIENTO DE LA MISMA.

STC Sala 2.ª, S 128/1995, de 26 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: La controversia constitucional que plantea el recurrente no reside en la alegación de fines espurios en el auto de la Audiencia de confirmación de su prisión provisional, sino en la incorrecta apreciación de su presupuesto —sospechas razonables de responsabilidad criminal— y de su fin —conjurar el peligro de huida—. Se suscitan con ello dos cuestiones trascendentes a los fines resolutivos que se nos demandan: la afección al derecho a la libertad de los defectos en la argumentación de la concurrencia de los elementos fácticos que justifican la prisión provisional y la propia competencia de este Tribunal para calibrar la suficiencia y adecuación de dicha motivación.

a) El derecho fundamental a la libertad, de carácter preeminente en nuestro Texto constitucional, no se concibe en el mismo, sin embargo, como un derecho absoluto. De modo expreso indica el art. 17 su limitación en función de otros intereses fundamentales. La determinación de esta frontera sirve para identificar, si bien con carácter negativo, el propio objeto de derecho (qué sea la libertad protegida por el art. 17) y su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de privación o restricción), y para fiscalizar las actuaciones públicas que le afecten. Que la prisión provisional puede constituir un supuesto limitativo excepcional del derecho a la libertad no parece afirmación que despierte controversia; que la misma debe restringirse para ello a determinados casos es algo que ya hemos explicitado en el fundamento anterior; que su decreto debe revestir determinadas formas, peculiarmente la de resolución judicial motivada (SSTC 41/1982, FJ 2.º; 108/1994, FJ 2.º *a;* 56/1987, FJ 4.º; 3/1992, FJ 5.º y 13/1994, FJ 6.º), es inferencia de la letra del art. 17, de su remisión a la ley y de los propios principios constitucionales que informan el derecho a la libertad.

En efecto, más allá de las menciones del art. 17.2 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales de la prisión provisional hace la LECrim., debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motiva-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción judicial —entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión— y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas. De este modo, amén de al genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 66/1989, FJ 5.º; 9/1994, FJ 6.º y 13/1994, FJ 6.º), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma.

b) En cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal para enjuiciar la suficiencia y adecuación de la motivación, lo primero que debe destacarse es que corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (STC 40/1987, FJ 2.º), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. Esto es así ya que, con independencia de lo que sugieren la dicción del art. 44.1 b) LOTC y la propia naturaleza de la jurisdicción de este Tribunal, la propia lógica de dichas actividades exige una inmediación a la que sólo pueden acceder los Tribunales ordinarios.

Al TC, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, tan sólo le corresponde supervisar la existencia de motivación suficiente —en el doble sentido de resolución fundada y razonada, a la que ya nos hemos referido— y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. No corresponde, pues, al TC determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución.

Cuáles sean en este contexto los elementos que constituyen el canon de razonabilidad y que, en consecuencia, deben necesariamente ponderarse al adoptar la medida de prisión provisional es una cuestión que en este recurso de amparo no debemos pretender resolver con carácter general, sino que debemos limitarnos a lo necesario para resolver el caso enjuiciado.

Desde esta perspectiva, y dejando aparte la ponderación de la

existencia o no de responsabilidad criminal, respecto de la constatación del peligro de fuga que, como veremos, constituye el único objeto viable de este proceso de amparo, bastará señalar dos criterios de enjuiciamiento de relieve decisivo.

En primer lugar, que al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga —y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia— resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio —de aplicación objetiva y puramente mecánica— a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculpado —como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc...—, como a las que concurren en el caso enjuiciado (TEDH SS 27 jun. 1968, caso *Neumeister;* 10 nov. 1969, caso *Matznetter;* 10 nov. 1969, caso *Stögmüller;* 26 jun. 1991, caso *Letellier;* 27 ago. 1992, caso *Tomasi* y 26 ene. 1993, caso *W. contra Suiza*).

El segundo criterio a tener en cuenta al enjuiciar la razonabilidad de la medida es que los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento. Debe tenerse presente al respecto que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso (TEDH SS 27 jun. 1968, caso *Wemhoff,* 27 jun. 1968, caso *Neumeister* y 10 nov. 1969, caso *Matznetter*). Es más, incluso el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. En efecto, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

—p.e., evitar la desaparición de pruebas—, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto.

10. LA ACCIÓN

DIFERENCIAS ENTRE LA PRESCRIPCIÓN CIVIL Y LA PENAL.

STS Sala 2.ª de 22 de septiembre de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto: El segundo de los motivos, por infracción de ley y al amparo del art. 849.1 LECrim., se encamina hacia la denuncia, por falta de aplicación, del art. 112.7, en relación con el art. 113 CP, y ello por considerar que la causa, a través de sus vicisitudes procesales —diligencias preparatorias, diligencias previas, sumario, procedimiento abreviado y rollo de Sala—, ha permanecido inactiva por período superior a 4 años; habiendo, pues, prescrito la falta por la que se condena al recurrente.

Durante algún tiempo, y dado que la figura de la prescripción irrumpe en época en que el desarrollo del Derecho penal era incipiente, sin haber alcanzado propia individualidad y categoría científica, la prescripción del delito se enfocó con parámetros jurídico-civiles, representando la consecuencia más palmaria de ello el acarreamiento de la noción de aquélla y del sistema y modo de operar del instituto, al campo procesal, rechazándose su reconocimiento y eficacia en los supuestos de falta de alegación temporánea o de inatendimiento de exigencias procesales oportunas. Respondiendo a ello algunas sentencias, tales como las de 27 ene. 1959 y 26 abr. 1961, proclives a la consideración de que, sujeta la prescripción a unos trámites formales, incluidos en la LECrim., ha de ser alegada en su momento y, no siéndolo, no resulta posible que el Juzgador se pronuncie sobre tal causa de extinción de la responsabilidad. Hoy se reacciona frente a dicha concepción, desasimilando la prescripción penal del delito —cuestión de derecho material— de la prescripción de la acción civil, lo que conlleva implicaciones procesales de suma relevancia. Muy certeramente se suele destacar que la prescripción en materia civil adquiere su efectividad por vía de excepción, apostando, en la filosofía de su instauración, por la idea de sanción al negligente, presunción de incuria o abandono, radicando en ello el viejo apotegma *contra non valentem agere, non currit praescriptio;* en tanto que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación. La institución de la prescripción, en general —se dice en la TC S 157/1990 de 18 oct. 1990—, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el art. 22.2 CE asigna a las penas privativas de libertad.

La prescripción penal responde, pues, a principios de orden público primario; es —cual constata la S 1 feb. 1968— de orden público, interés general y político penal, respondiendo —añade la S 31 may. 1976— a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se precise que se trata de una institución que pertenece al derecho material penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria.

Constituye doctrina consagrada la de que la prescripción debe ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre que se asienta —paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente—, aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída; pudiendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan. Parecer que alienta, entre otras, en SS 31 may. 1976, 27 jun. 1986, 14 dic. 1988 y 31 oct. 1990. No ofrece duda que la prescripción del delito puede concurrir y ser estimada después de pronunciada una sentencia carente aún de firmeza. El propio concepto de procedimiento apunta, como límite final, a la firmeza de la sentencia, momen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

to en que la prescripción del delito cede el paso a la prescripción de la pena.

Quinto: Para los supuestos no demasiado frecuentes en que, prevaleciendo en una causa criminal la conceptuación como delito del hecho que se enjuicia, posteriormente la acusación pública transforme su inicial acusación en falta, o el propio Tribunal estimase más correcta la calificación jurídica de los hechos enjuiciados como constitutivos de una falta, es incuestionable que sólo habrán de ser tomados en cuenta, a efectos de la prescripción, los plazos correspondientes al delito, por exigirlo así la seguridad jurídica y el propio principio de confianza.

La declaración *a posteriori* de que un hecho imprudente no es constitutivo de delito sino de falta —afirma la S 27 ene. 1992— no altera ni produce efectos retroactivos sobre la tramitación procesal de la causa que se ha desarrollado en la confianza de que lo realmente perseguido por las partes acusadoras era un delito de imprudencia temeraria y no una falta de simple imprudencia. Y es que la realidad jurídica del hecho y su verdadera naturaleza no aparece sino a partir del momento en que la sentencia declara que los hechos son constitutivos de una falta de simple imprudencia.

Partiendo de las consideraciones que anteceden y siendo calificados los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565.1, en relación con el art. 407 CP, obvia resulta la improcedencia del motivo alegado y el subsiguiente correlato de la desestimación del mismo.

El carácter subsidiario y plazo de caducidad de la acción rescisoria.

STS Sala 1.ª de 4 de septiembre de 1995.

Fundamentos de derecho

Tercero: Cuanto antecede permite un tratamiento unitario de todas las alegaciones, que incluso inciden en clara contradicción. Así, ha de tenerse en cuenta:

A) Que el art. 1.299 CC establece que «la acción para pedir la rescisión dura 4 años» y tal plazo se ha entendido por la jurisprudencia como de caducidad, según se deduce de las SS 4 y 5 jul. 1957, valiendo para la rescisión de los contratos lo que la primera de ellas aplicó a la rescisión de las particiones, lo que se desprende de la locución empleada («dura» o «durará») y la naturaleza preclusiva del término, fijado para el ejercicio eficaz de un derecho, que decae por su no utilización, para dar fijeza a la propiedad y seguridad a las transacciones; la S 16 oct. 1971 lo establece así respecto al art. 1.299 que nos ocupa y tal extremo no es combatido por los recurrentes.

B) El carácter subsidiario de la acción rescisoria resulta tanto de lo dispuesto en el art. 1.291.3 como del art. 1.294 y uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291.3 CC), pues dado dicho carácter, que proclama el art. 1.294 CC, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo otro recurso jurídico o medio legal para obtener la reparación del perjuicio, pero el concepto jurídico de fraudulento en un contrato de venta envuelve, además del engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguientemente imposibilidad de cobrar su crédito el acreedor, bastando la simple conciencia del deudor de que deviene insolvente y el conocimiento por el adquirente de que esto es así, todo lo cual se valorará según las circunstancias del caso debatido.

C) Pero la condición de subsidiaria que tiene la acción rescisoria, según el art. 1.294, no significa que pueda subsistir indefinidamente, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto rescindible, pues el de cuatro años señalado para el ejercicio de esta clase de acciones es el que el legislador ha estimado prudencialmente suficiente para el esclarecimiento del estado del deudor, sin que exista inconveniente alguno en que al ejercitar la acción rescisoria se demuestre que no hay otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio y, según los arts. 1.299 y 1.968 CC, el hecho de que una parte no tenga conocimiento de un contrato de venta celebrado en su perjuicio por otras hasta años después de inscrito aquél en el Registro no es requisito que el legislador exige para el ejercicio de la acción rescisoria del contrato mismo, ni afecta a la «posibilidad» de su ejercicio desde el momento en que la venta se realizó (sentencia misma fecha), lo que quiere decir que no puede entenderse que dichos preceptos se repelan y por eso es plenamente válida la referencia que, con carácter meramente analógico, realiza la Audiencia al art. 37 penúltimo párr. LH, en cuanto se refiere a los 4 años «...contados desde el día de la enajenación fraudulenta», como sería que aludiese a los arts. 1.472 y 1.490 CC como cómputo del plazo de caducidad «...desde la entrega de la cosa vendida». En definitiva: se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que, como hablamos de «posibilidad legal», siempre sería desde la inscripción en el Registro, como *dies a quo* para realizar el cómputo de tal plazo de caducidad, lo que compagina con la S 16 feb. 1993, que se refiere a dicho cómputo desde la inscripción registral, como fecha que legalmente publica el acto fraudulento y vincula a la víctima acreedora, salvo que se acredite que expresada víctima conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnable, para lo que realiza una interpretación teleológica y conforme a la realidad social (art. 3.1 CC).

D) Y, en el caso que nos ocupa, es lo cierto que ningún motivo destruye la anterior doctrina ni la base fáctica tenida en cuenta por la Audiencia, recogida, sobre todo, en los aps. d), e) y f) del fundamento jurídico primero de esta resolución, dado que el requerimiento de pago

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y embargo de 18 nov. 1985 y a las inscripciones de mayo y junio del propio año les abarca la misma validez formal y material que a los actos de cuya fecha quiere partirse para que la acción rescisoria no se considere caducada, todo ello sin necesidad de destacar que en el motivo primero, al amparo del art. 1.692.4 LEC, se mezclan cuestiones que, en su caso, podrían discurrir por el cauce de sus núms. 3.º y 5.º, en conjunción que viene vedada por la Ley (art. 1.707) y por jurisprudencia, a más de que la exigencia del art. 248.3 LOPJ respecto «a los hechos probados, en su caso» no puede entenderse referida a las sentencias del orden jurisdiccional civil, y que la parquedad o brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación, pues no es exigible una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, bastando expresar la base fáctica y las razones jurídicas en que se apoya la decisión, según tienen establecido tanto el TC como la doctrina legal de esta Sala.

11. LA DEMANDA

REQUISITOS PARA LA APRECIACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DILATORIA POR DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA.

SAP Oviedo Sala 4.ª de 5 de junio de 1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo: Frente a las pretensiones de la demanda, la demandada A., S.A., opuso, en primer lugar, la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda, prevista en el art. 533.6 LEC, y en cuanto al fondo las de falta de legitimación activa y falta de acción, la primera de las cuales ha sido correctamente rechazada por la resolución recurrida, pues el aludido defecto existe cuando la demanda no reúne los requisitos a que se refiere el art. 524, es decir, exposición sucinta y numerada de los hechos y fundamentos de derecho, de lo que se pida y de la persona contra la que se proponga la demanda, observando así unos mínimos requisitos de claridad y precisión ciertamente cumplidos en el presente caso, en el que tras la lectura de la demanda se advierte sin ninguna duda cuál es el contenido de la pretensión ejercitada, sin que tal conclusión resulte desvirtuada por la acumulación de acciones efectuada, ya que la jurisprudencia ha mantenido un criterio flexible en esta materia, siempre que no se infrinjan los arts. 154 y 157 LEC señalando la S 18 abr. 1991 que son acumulables las acciones por culpa contractual y extracontractual, por economía procesal y para evitar la escisión de la causa de pedir.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

PEDRAZ PENALVA, Ernesto (Coordinador), *El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, 590 páginas.

Estamos ante un conjunto de ponencias presentadas en el Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León, que, con el título «El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial», se celebró en Valladolid durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1994, organizado por el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, bajo la dirección del Dr. Ernesto Pedraz Penalva, y que contó con la colaboración de importantes organismos (así, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y el Consejo General de la Abogacía, entre otros).

La obra comienza con una Presentación, en la que se recoge el discurso de apertura pronunciado por el Rector de la Universidad de Valladolid, profesor Francisco Javier Álvarez Guisasola. En el Proemio, que sigue a continuación, el coordinador del Congreso, profesor Pedraz Penalva, aborda el complicado tema de la selección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. El solemne acto de apertura termina con unas palabras de la Secretaria de Estado de Justicia M.ª Teresa Fernández de la Vega.

Las Ponencias presentadas se pueden agrupar en cinco bloques. El primero, denominado «El gobierno de la justicia en», lo conforman los siguientes trabajos: «La administración de la Justicia en Alemania» (su autor, el profesor alemán Walter Perron, explica cuáles son las atribuciones y órganos de la Administración de Justicia en su país, así como el sistema adoptado en cuanto a la provisión de plazas de Jueces y Magistrados); «El Gobierno de la Justicia en Francia» (el profesor François-

Guilhem Bertrand realiza un recorrido por la situación actual de la organización de la Justicia en Francia); «El Gobierno de la Justicia en Italia» (en esta ponencia, el profesor Salvatore Senese destaca, entre otras cuestiones, el relevante papel del Consejo Superior de la Magistratura italiana, conseguido con no pocos esfuerzos); «Do "governo da Justiça" ao "governo dos Juizes" no Portugal de hoje» (el profesor de la Universidad de Coimbra, Jorge de Figueiredo Dias, analiza los principales órganos de la Administración de Justicia portuguesa); «El Gobierno del Poder Judicial» (su autor, Fernando Ledesma Bartret, estudia con amplitud la independencia del Poder Judicial); y «El Gobierno de la Justicia» (intervención del profesor Ramos Méndez, moderador de la primera mesa redonda, al iniciar el debate y presentar a los participantes en ella).

El segundo bloque, dedicado a las «Atribuciones del Consejo General del Poder Judicial», lo constituyen las ponencias siguientes: «Las Atribuciones del Consejo General del Poder Judicial» (presentada por José Luís Manzanares Samaniego, versa sobre las competencias del Consejo General del Poder Judicial en lo referente a nombramientos, función inspectora, potestad disciplinaria y de selección y formación de jueces, así como su potestad reglamentaria); «Funciones consultiva, informativa y resolutiva del Consejo General del Poder Judicial» (en este trabajo, Rafael Fernández Montalvo señala las principales competencias del Consejo General del Poder Judicial, haciendo especial hincapié en las funciones de consulta, informe y resolución de acuerdos y actos del Consejo); «Nombramientos discrecionales, "justicia interina" e inspección» (José Luis Requero Ibáñez examina las potestades del Consejo General del Poder Judical en lo relativo a nombramientos, traslados y ascensos de Jueces y Magistrados, el desempeño de cargos jurisdiccionales, de forma interina, por personas que no son miembros de la Carrera Judicial, y la función de inspección realizada por el Consejo); «Atribuciones del Consejo General del Poder Judicial» (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, en breve exposición, vuelve a tratar el tema de los nombramientos y de la función inspectora a realizar por el Consejo); «Atribuciones del Consejo General del Poder Judicial» (en ella, el profesor Moreno Catena, moderador de la segunda mesa redonda, hace unas reflexiones sobre la facultad de informe del Consejo); y «La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial» (presentada por Fernando Gómez de Liaño, en la que expresa su opinión, entre otras, de que las facultades reglamentarias del Consejo son de orden interno, exclusivamente).

El grupo tercero de ponencias, bajo el común denominador de «Naturaleza y constitución del Consejo General del Poder Judicial», está

compuesto por las siguientes: «Naturaleza del Consejo General del Poder Judicial» (su autor, el profesor Cortés Domínguez, se refiere a la naturaleza del Consejo General del Poder Judicial, analizándola desde una perpectiva más amplia que la meramente jurídica); «Constitución y designación del Consejo General del Poder Judicial» (el profesor Serra Domínguez critica no sólo la situación en la que se encuentra la actual Administración de Justicia española, en general, y, particularmente, el Consejo General del Poder Judicial, sino también la forma de designación de los miembros de éste); «Constitución y designación del Consejo General del Poder Judicial» (a cargo de Eduardo A. Perdiguero Bautista, quien se detiene en un interesante recorrido histórico y de Derecho comparado); «Consejo General del Poder Judicial, versión 1985: Un desastre anunciado» (en su intervención Perfecto Andrés Ibáñez afirma que la LOPJ de 1985 hizo una opción en materia de elección de los miembros del Consejo que, si no es inconstitucional, era menos constitucional que la recogida en la ley anterior); y «Estatuto de los miembros del Consejo General del Poder Judicial» (el profesor Montero Aroca comenta extensamente el estatuto de los miembros del CGPJ: los requisitos para ser nombrado, la situación de servicios especiales, condiciones en que se ejerce el cargo, terminación del mandato y consecuencias personales).

Al «Consejo General del Poder Judicial y Estado de las Autonomías» se dedica el cuarto grupo de ponencias, formado por las que a continuación citamos: «Consejo General del Poder Judicial y Estado de las Autonomías» (César Huidobro Díez expone cuál es su postura, como Consejero de Presidencia de la Junta de Castilla y León, respecto al problema del Consejo General del Poder Judicial y el Estado de las Autonomías); «El Gobierno de la Justicia. La perspectiva de la Generalitat de Catalunya» (el profesor Silva Sánchez, representante del Departamento de Justicia de la Generalitat, estudia las competencias de las Comunidades Autónomas, refiriéndose, concretamente, al Estatuto de Autonomía de Catalunya en relación con la Administración de Justicia); y «Unidad del Poder Judicial y realidad autonómica» (Mikel Elorza Urbina, Viceconsejero de Administración de Justicia del Gobierno Vasco, analiza las relaciones que, a su juicio, se producen entre la Comunidad Autónoma que representa y el Estado central, en lo concerniente a la Administración de Justicia).

Finalmente, el quinto bloque de trabajos aborda el examen del «Consejo General del Poder Judicial y otras Instituciones», integrado por los siguientes: «Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia» (el estudio de las relaciones entre el CGPJ y el denominado enton-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ces Ministerio de Justicia e Interior es abordado por el Magistrado Ibarra Robles); «El gobierno de la justicia» (Pedro Ñíguez Rodríguez, Secretario judicial, destaca los aspectos más polémicos de la vigente LOPJ referentes a los Secretarios judiciales); «El Consejo General del Poder Judicial y el Secretario judicial» (el también Secretario judicial Robles Acera reflexiona sobre el concepto de Poder Judicial y sobre las relaciones entre el CGPJ y el Secretario judicial); «Abogacía y Consejo General del Poder Judicial» (las conexiones entre la Abogacía y el CGPJ son expuestas por el Abogado Gómez-Escolar Mazuela); «El Gobierno de la Justicia y el Ministerio Fiscal» (el Fiscal García Calvo teoriza sobre el concepto de Poder Judicial, el autogobierno de la organización jurisdiccional y la politización del CGPJ, apostando, finalmente, por un modelo de Fiscal más independiente); «El Gobierno de la Justicia y el Ministerio Fiscal» (Ricardo Cabedo Nebot, Fiscal, examina el papel que el Ministerio Público ha desempeñado y desempeña actualmente en el Poder Judicial); «El Gobierno de la Justicia y el Ministerio Fiscal» (el Fiscal General del Estado, Carlos Granados Pérez, en una panorámica general, expone no sólo las relaciones institucionales entre el CGPJ y el Ministerio Fiscal, sino también la misión de éste de velar por la independencia de los Tribunales); «El Consejo General del Poder Judicial y la jurisdicción militar» (el General Auditor Rodríguez-Villasante y Prieto parte de la naturaleza de las Fuerzas Armadas como presupuesto básico para el Derecho militar, cuya evolución contempla, sin olvidar el Derecho comparado, y finaliza abordando las relaciones entre el CGPJ y la Jurisdición militar); y «Consejo General del Poder Judicial y Tribunales de Menores» (el profesor Martín Ostos efectúa un recorrido histórico por los tribunales españoles encargados de enjuiciar a los menores inadaptados, insistiendo en la consideración de los Juzgados de Menores como jurisdicción ordinaria especializada).

Las sesiones del citado Congreso Internacional culminaron, en el acto de Clausura, con las intervenciones siguientes: Eugenio Gay Montalvo, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, quien disertó sobre la abogacía en el marco de la Administración de Justicia; a continuación, el profesor Pedraz Penalva, tras agradecer su participación en el Simposio a los ponentes y congresistas, resume las conclusiones más importantes a las que se ha llegado tras las exposiciones y debates; finalmente, Pascual Sala Sánchez, Presidente del TS y del CGPJ, tras unas palabras sobre la problemática del Poder Judicial, declaró clausurado el Congreso.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La comentada publicación contiene, por último, una serie de comunicaciones presentadas a dicho evento.

En resumen, una interesante obra, que responde a un no menos atractivo Congreso Internacional de Derecho Procesal (que, lamentablemente, no suele ser fenómeno frecuente en nuestro país), con un rico y variado contenido, propio del rigor jurídico de los que participaron en él.

Consuelo RÍOS MOLINA
Profesora Ayudante de Derecho Procesal
(Universidad de Córdoba)