

# JUSTICIA

## 83

1983, número I

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ



## INDICE

	<i>Pág.</i>
EDITORIAL ... ..	5
ARTICULOS	
<i>Francisco Ramos Méndez</i> , La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil ... ..	9
<i>Manuel Serra Domínguez</i> , El objeto del proceso matrimonial ... ..	41
<i>José Almagro Nosete</i> , La protección procesal de los intereses difusos en España ... ..	69
NOTAS	
<i>Jürgen Baumann</i> , La situación del proceso penal en Alemania ... ..	87
<i>J. M. A.</i> , Memoria sobre el estado y actividad de la Justicia en 1982 ...	109
JURISPRUDENCIA	
Procesal laboral, por <i>Juan L. Gómez Colomer</i> ... ..	115
Procesal administrativa, por <i>Julio García Casas</i> ... ..	139
Procesal penal, por <i>Victor M. Moreno Catena</i> ... ..	159
Jurisprudencia constitucional, por <i>José Almagro Nosete</i> y <i>Pablo Saavedra Gallo</i> ... ..	173
LEGISLACION	
Reseña legislativa procesal (IX-XII de 1982), por <i>Manuel Lozano Higuero</i> ...	207
AUDIENCIA PUBLICA	
Programas electorales de los partidos políticos mayoritarios ... ..	211
BIBLIOGRAFIA	
Recensiones ... ..	241
INFORMACION	
Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ... ..	249
IX Congreso Internacional de Derecho Comparado ... ..	255
VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal ... ..	255
XII Congreso Argentino de Derecho Procesal ... ..	256

# JUSTICIA 83

NUMERO I

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

«JUSTICIA 83» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universidad, 11,  
Barcelona (7), Teléf. (93) 3.17.53.08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Juan Montero Aroca,  
Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, Valencia (10), España.



1983

---

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

## POR EL CAMBIO

*El pueblo español ha optado por el cambio. Este es un hecho que el resultado de las últimas elecciones generales destaca de manera innegable. En esta Revista no vamos a valorar políticamente ese hecho porque no es nuestra misión, pero sí vamos a mostrar nuestra esperanza en la realidad del cambio dentro de un sector de la vida pública, en la Administración de Justicia.*

*Con reiteración hemos venido denunciando la situación de verdadera quiebra en que se encuentra nuestra Justicia, y hemos intentado llamar la atención de ciudadanos y de poderes públicos sobre algo que está socavando las bases mismas sobre las que se asienta el estado de derecho. La insensibilidad de la clase rectora ante estos problemas, no la deducimos de las palabras, sino de los hechos. En los cuatro años transcurridos desde la promulgación de la Constitución no se ha hecho nada para desarrollarla, y no se ha garantizado el derecho de los ciudadanos a la justicia.*

*Cuando una nueva clase política accede al poder, y lo hace llevando como divisa una aspiración de cambio, los que hemos venido propugnando ese cambio en una parcela determinada, hemos visto renacer la esperanza. Habíamos llegado a dudar de que en los órganos rectores de la política existiera realmente el deseo de una Administración de Justicia eficaz; el paso del tiempo, la inexistencia de una obra de gobierno, el deteriorarse día a día la grave situación de nuestros tribunales, nos estaba llevando al convencimiento de que esos órganos eran insensibles a los deseos de reforma, o la postergaban por razones baladíes (incluso de protocolo). Ahora nuevos vientos se han llevado las nubes, la situación en la tierra sigue siendo de zona catastrófica, pero brilla en el cielo la esperanza.*

*Si los gobernantes de esta nueva época que se abre ante el pueblo español cuentan con la ilusión de ese pueblo para hacer frente a los problemas generales de la vida pública, con la misma ilusión cuentan en el aspecto concreto de la Justicia. Han asumido con ello una grave responsabilidad, y todos confiamos en que sepan hacerla frente. Se trata de una tarea de Estado, en la que todos deben ser escuchados.*

Depósito Legal: Z-1.271-81

ISSN: 0211-7754

## **MEDIDAS PROCESALES DE CARACTER URGENTE**

Entre las reformas que nuestra Administración de Justicia necesita hay que distinguir, por un lado, aquellas que precisan de un tiempo más o menos largo de gestación y, por otro, las que son de urgente realización, no admitiendo demoras.

De las primeras destacamos la necesidad de promulgar una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y de adoptar una serie de medidas complementarias como la demarcación judicial, el aumento de plantillas y su mejor distribución y la dotación y la dotación de medios económicos; a más largo plazo, pero en todo caso dentro de la presente legislatura, hay que promulgar nuevas leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal y hay que reformar profundamente las reguladoras de los procesos administrativo y laboral. La coordinación de todas estas leyes es requisito esencial.

Pero lo que importa ahora es señalar las reformas que son urgentes, las que pueden y deben adoptarse de inmediato, y entre ellas indicamos:

### **A) ORGÁNICAS**

1. Promover el acceso a las carreras judicial, fiscal y del secretario, renovando el sistema de oposición.
2. Abrir otras vías de acceso a la función judicial, especialmente en estos momentos de falta evidente de personal.
3. Establecer un adecuado sistema de estímulos y sanciones.
4. Desarrollar el art. 121 de la Constitución.
5. Aumentar la dotación económica de los tribunales para bienes no inventariables.
6. Realizar un plan de inversiones en bienes inventariables a medio plazo.
7. Establecer el principio de comunicación directa, por la vía más rápida, entre todos los tribunales.
8. Dotación de las plazas a que se refiere el informe del Consejo General del Poder Judicial de 20 de octubre de 1982.

### **B) ENJUICIAMIENTO CIVIL**

1. Actualización de la cuantía de los juicios.

2. Supresión de las excepciones dilatorias y sustitución por comparecencia oral irrecurrible.
  3. Supresión de las apelaciones independientes de resoluciones interlocutorias.
  4. Limitación del efecto suspensivo de los recursos de apelación y casación.
  5. Supresión de la entrega de los autos originales a las partes y unificación de los plazos para instrucción.
  6. Imponer el señalamiento para las pruebas personales en audiencia única.
  7. Establecer plazo máximo para la realización de diligencias para mejor proveer.
  8. Establecer el principio del vencimiento en la imposición de costas, con excepciones motivadas por el tribunal.
  9. Elevar el interés legal del dinero.
  10. Investigación oficial de bienes a embargar, en el proceso de ejecución, utilizando todos los medios del Estado.
  11. Introducir el juramento de manifestación de bienes, sancionando penalmente la falsedad.
  12. Limitar al máximo la publicación de edictos en periódicos oficiales o privados.
  13. Convocar en edicto único la celebración de las tres subastas.
  14. Aclaración del sistema de subsistencia de las cargas preferentes y anteriores.
  15. Introducción del proceso monitorio.
- C) ENJUICIAMIENTO PENAL
1. Regular el «habeas corpus».
  2. Establecer como obligatoria la asistencia de letrado, sin posibilidad de renuncia y con libertad de elección de abogado, a cargo del turno de oficio en su caso.
  3. Derogar la ley del mal llamado monitorio (Ley 10/1980).
  4. Establecer un verdadero proceso monitorio en materia de circulación.
  5. Limitar al máximo los supuestos de revocación del auto de conclusión del sumario.
  6. Aumentar las indemnizaciones a los testigos.
  7. Establecer límite máximo en la prisión provisional.
  8. Limitación de la competencia de los juzgados de distrito para pronunciarse sobre responsabilidades civiles en juicios de faltas.
  9. Desarrollo del art. 125 de la Constitución.

## LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCION EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL \*

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ  
Universidad Autónoma de Barcelona

### SUMARIO:

I. Perspectiva constitucional del Derecho Procesal Civil. — II. El influjo de la Constitución sobre la organización de la Jurisdicción Civil: 1. El Poder Judicial como poder del Estado de Derecho; 2. El principio de unidad jurisdiccional; 3. La organización judicial; 4. Estatuto del personal jurisdiccional. — III. Estado de derecho y proceso civil: 1. Sumisión del juez a la ley; 2. El principio de seguridad jurídica; 3. Libertad de acceso a los Tribunales de Justicia; 4. El principio dispositivo. — IV. Garantías constitucionales del proceso civil: 1. El proceso con todas las garantías; 2. Garantías procesales recogidas en Convenios internacionales sobre derechos fundamentales; 3. Garantía del juez natural; 4. Garantías específicas del proceso: a) La igualdad de las partes en el proceso; b) La garantía de audiencia y contradicción; c) Garantía de la asistencia y defensa de letrado; d) Garantía de utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa; e) Garantía de un proceso público; 5. Garantía de la tutela efectiva: a) Prohibición de indefensión; b) Eficacia del proceso. — V. Tutela de las garantías constitucionales del proceso civil.

### I. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

La promulgación de la Constitución española de 1978 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico el obligado punto de referencia de cualquier sector de nuestra experiencia jurídica. De esta exigencia no se escapa tampoco el Derecho Procesal Civil. Más aún, son numerosos los preceptos que nuestra norma fundamental dedica a temas específicos del derecho procesal, o cuyas repercusiones

\* Ponencia nacional española sobre el tema I, destinada al Congreso Internacional de Derecho Procesal a celebrar en Würzburg (R. F. A.), en 1983.

directas se producen en el campo del proceso. Algunos de ellos, sobre todo, debido a su rango constitucional, se han convertido en pilares fundamentales de nuestro sistema procesal.

Así, apenas abierto el texto constitucional, nos encontramos con que uno de los principios que se propugna como valor superior del ordenamiento jurídico es el de la justicia: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1,1 C). Que la justicia es el objeto final de todo proceso es algo obvio. Por ello, que la propia Constitución, en su primer artículo, reivindique el valor justicia supone todo un reto para cualquier programa procesal. En consecuencia, no es de extrañar que, más tarde, en el propio texto constitucional y en diversos capítulos, se dicten normas fundamentales que atañen directamente al proceso y que, en definitiva, se preordenan a la mejor consecución de aquel objetivo. De esta manera, nuestra Constitución viene a establecer un sistema de bases fundamentales que son fuente directa del derecho procesal y de las que las normas contenidas en nuestros Códigos procesales deben ser lógico desarrollo. Los diversos preceptos constitucionales pueden sistematizarse en torno a varios aspectos del ordenamiento procesal:

Un primer grupo de preceptos constitucionales sienta las bases sobre la organización de la jurisdicción en el estado de derecho. Los principios fundamentales sobre la significación del poder judicial en el estado de derecho, el principio de unidad jurisdiccional, la garantía de la protección jurídica estatal y la exclusividad de la jurisdicción encuentran, en diversos artículos constitucionales, formulación precisa. Por otra parte, se sientan asimismo los principios básicos sobre la estructura jerárquica y postulados fundamentales del estatuto del personal jurisdiccional. En este grupo de preceptos, aun predominando su finalidad organizativa, se contienen también diversos principios que deben inspirar la actuación práctica de los Tribunales.

Un segundo grupo de normas constitucionales lo integran aquellas que califican la actuación de la función jurisdiccional en el estado de derecho. Son, por así decirlo, los principios constitucionales de la propia jurisdicción en el ámbito civil. La sumisión del Juez a la ley, la seguridad jurídica, la libertad de acceso a los Tribunales de Justicia y del principio dispositivo constituyen las fuentes constitucionales que inspiran la actuación jurisdiccional en el orden civil. Estas normas constituyen la verdadera filosofía del proceso civil en nuestro sistema procesal.

En fin, un tercer grupo de artículos del texto constitucional establecen un cuadro de garantías básicas del proceso. Estas garantías están concebidas en servicio de una mejor protección de los derechos fundamentales de la persona en el proceso y de la tutela de los derechos legítimos hechos valer en el proceso civil. El sistema establecido por nuestra Constitución es realmente amplio y en él tienen cabida todas cuantas aspiraciones de protección jurídica puedan surgir en la práctica. Este grupo de normas constitucionales son las verdaderas «tablas de la ley» para el proceso, de tal manera que deben cumplirse en todos los preceptos concretos contenidos en los Códigos procesales. Pero la Constitución no se ha limitado a promulgar un decálogo de mandamientos procesales, sino que su programa va más lejos. Como refuerzo operativo de dichas garantías ha establecido asimismo unos instrumentos procesales de tutela directa de esas garantías del proceso en vía constitucional. Sin duda los más expeditivos, se han puesto directamente al alcance de cualquier ciudadano, que de esta forma puede hacer oír su voz ante las más altas instancias judiciales del Estado, e incluso, como se verá, ante organismos internacionales.

La mutua interacción de estas normas en el ámbito de la Constitución en función del objetivo justicia programado por la misma da unidad teleológica al sistema de principios constitucionales del derecho procesal civil en nuestra concreta experiencia jurídica. Cada uno de estos grupos de normas constitucionales será objeto de breve consideración sistemática en las páginas que siguen.

## II. EL INFLUJO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Un nutrido conjunto de preceptos constitucionales están dedicados a delinear el esquema organizativo de la jurisdicción en sus diversos aspectos. Básicamente estas normas están codificadas en el título VI de nuestra Constitución, que trata específicamente del poder judicial. En él se establecen las bases constitucionales de la organización jurisdiccional del Estado. En síntesis, el esquema constitucional puede resumirse en torno a los siguientes puntos:

### 1. *El poder judicial como poder del estado de derecho.*

Nuestra Constitución no se ha podido sustraer al peso del esquema tradicional de la división de poderes del Estado, tal vez porque dicha imagen acuñada a lo largo de los años sigue teniendo un alto valor pedagógico. Por ello, el texto constitucional, tras dedicar sen-

dos títulos al poder legislativo y al poder ejecutivo, se ocupa del poder judicial (1). Este poder aparece configurado constitucionalmente como sigue:

a) El poder judicial está subsumido dentro de la organización del Estado, como un importante brazo del mismo, pero emanando del pueblo español, en quien reside la soberanía nacional (artículo 1,2 C) (2). Es cierto que esta detentación de la jurisdicción por el Estado corresponde sólo a este momento histórico, pero no es consustancial a la función (3). Ahora bien, en nuestra actual experiencia jurídica y dentro del aparato estatal, la jurisdicción viene concebida institucionalmente como *un poder* (4), destinado a ser ejercido en exclusiva por personas determinadas.

b) La misión asignada constitucionalmente al poder judicial es la *administración de justicia*: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial...» (art. 117,1 C). La fórmula es lo suficientemente amplia y comprensiva para albergar desde el punto de vista dogmático todas las posturas doctrinales relativas al significado de la jurisdicción en el ordenamiento jurídico. Aquí tendrían cabida tanto las tesis de la jurisdicción como tutela del derecho subjetivo (5), del derecho objetivo (6), de la voluntad concreta de la ley (7), como las propugnadas por las teorías monistas del ordenamiento jurídico (8).

(1) Una revisión de la teoría de MONTESQUIEU puede verse, entre nosotros, en PEDRAZ, *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, R. D. Proc., 1976, págs. 905 y ss.

(2) Como indica GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pág. 30, la única fuente legitimadora de la justicia es el pueblo, de quien emana, sin que ello quede desvirtuado por la fórmula de que la Justicia se administra «en nombre del Rey».

(3) Vid. por todo SERRA, *Jurisdicción*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1969, págs. 21-22.

(4) La noción de poder o de potestad viene utilizada por un importante sector de nuestra doctrina como elemento definidor de la jurisdicción: FAIRÉN, *La potestad jurisdiccional*, R.D.J., 1972, págs. 45 y ss. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, págs. 20 y ss. GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*, cit., págs. 28 y ss.

(5) Vid. entre nosotros MORÓN, *Sobre el concepto de Derecho Procesal*, R. D. Proc., 1962, págs. 510 y ss.

(6) Postura mayoritaria entre nosotros: PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, c. I, Pamplona, 1982, pág. 42. ALCALÁ ZAMORA, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, R. D. Proc., 1972, págs. 506 y ss. DE MIGUEL, *Derecho Procesal práctico*, Barcelona, 1967, I, págs. 50 y ss.

(7) Entre nosotros, siguiendo a CHIOVENDA, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, I, págs. 66 y ss.

(8) Vid. por todos mi *Derecho y proceso*, Barcelona, 1979, págs. 158 y ss.

c) Administrar justicia supone, en definitiva, ejercer el poder judicial efectivamente. Este ejercicio no se limita únicamente a la fase declarativa del proceso, sino que comprende también la ejecución de lo resuelto. La fórmula legal viene acuñada de antiguo en nuestra tradición jurídica: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos,  *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (art. 117,3 C).

d) El ejercicio de la jurisdicción está depositado en los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial (art. 117,1 C) y además *con carácter exclusivo* (art. 117,3 C) (9). La exclusividad en nuestro sistema es una característica íntimamente ligada a la jurisdicción, de tal manera que nuestro Tribunal Constitucional ya en la primera sentencia dictada en un recurso de amparo la ha conectado sin más con el derecho a la jurisdicción establecido como garantía fundamental de los ciudadanos en el art. 24,1 de nuestra Carta Magna (10). Esta garantía de la protección jurídica estatal, de la que son reflejo otros preceptos constitucionales (11), significa también que los Tribunales de Justicia no deben ser sobrecargados con funciones ajenas a su cometido constitucional (12), extremo que recuerda expresamente el artículo 117,4 de la Constitución: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado

(9) Sobre esta nota, vid. MONTERO, *Introducción...*, cit., págs. 34 y ss. GIMENO, *Fundamentos...*, cit., págs. 107 y ss.

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981 (Rec. amparo 65/80, B.O.E. 24 febrero 1981), en la que se mantiene la tesis de que se viola el art. 24,1 de la Constitución por defecto en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por haber dejado el Juez de conocer con plenitud jurisdiccional cuando había el deber de hacerlo.

(11) Por ejemplo, como consecuencia de la exclusividad jurisdiccional, se han prohibido los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26 C).

(12) En concreto y a título de ejemplo, el afán de recaudatorio del Fisco a través de los Tribunales, que se traduce en normas que vulneran sin más el principio de libre acceso a la justicia y que son claramente inconstitucionales. Una clara muestra de estas normas es el art. 57,1 del Texto refundido de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por R.D.L. 3.050/1980, de 30 de diciembre, que dispone: «Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se  *admitirá, ni surtirá efecto* en Tribunal, Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria.» Evidentemente el legislador ha confundido los papeles de los Tribunales de Justicia, pues con la Constitución en la mano, no puede en ningún caso subordinarse la admisión o eficacia de un documento al pago de una gabela recaudatoria.

anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.»

Este monopolio jurisdiccional por parte del Estado tiene una explicación lógica: En este momento histórico hemos renunciado a la acción privada y el Estado ha asumido las cargas que comporta la administración de justicia. Desde este punto de vista, conviene ser conscientes de que el Estado se ha comprometido a proporcionar el servicio de administrar justicia a los ciudadanos y de que es responsable tanto de los defectos en el funcionamiento del servicio cuanto de los daños que se causen con motivo del mismo. En este sentido, hay que considerar como un complemento indispensable del monopolio jurisdiccional el principio de responsabilidad del Estado por el funcionamiento de dicho servicio, tal como dispone el artículo 121 de nuestra Constitución: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.»

## 2. El principio de unidad jurisdiccional.

La Constitución española sienta expresamente esta máxima: «El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117,5 C). Esta norma programática recoge, una vez más, una vieja aspiración, que todavía no ha llegado a materializarse legislativamente, a falta de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (13).

Desde un punto de vista positivo, este principio viene a decir que la jurisdicción es *una*, aunque exista una pluralidad de Tribunales a los que está encomendado su ejercicio. Esta aseveración es clara dogmáticamente en cuanto al concepto de la función jurisdiccional misma (14), pero ha topado siempre en la práctica con el hecho de la proliferación de organismos que con demasiada frecuencia reciben el nombre de Tribunales, aun sin ejercer jurisdicción alguna (15).

(13) Como es sabido, ya en 1868 se promulgó el famoso «Decreto de unificación de fueros», que suprimió todas las jurisdicciones especiales, a excepción de la eclesiástica y de la militar. Pero, de hecho, la previsión sólo se cumplió dentro de límites restringidos y durante el presente siglo ha sido desvirtuada por completo. En todo caso, el principio, como aspiración, nunca ha desaparecido ni de la legislación ni de la doctrina.

(14) Vid. por todos GIMENO, *Fundamentos...*, cit., págs. 91 y ss.

(15) Vid. un completo catálogo de todos los organismos que llevan la nomenclatura del Tribunal u otra similar en la obra de de PRIETO CASTRO-ALMAGRO-GONZÁLEZ DELEITO, *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento*, 5.ª edic., Madrid, 1979. Vid. asimismo LATOUR BROTONS, *Unidad de jurisdicción*, R.D.J., 1970 (41), págs. 11 y ss.

Pero aun identificando los organismos que ejercen verdadera jurisdicción (16), nos encontramos con que se distingue entre Tribunales ordinarios y Tribunales especiales. De aquí que incluso, por transposición del lenguaje, se hable de jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales (17). Los criterios en que dicha distinción se basa son harto relativos y se circunscriben sea a la materia de que conocen, a las personas aforadas, o a un conjunto de circunstancias ocasionales. Sin embargo, hoy por hoy, la subsistencia de todos estos Tribunales especiales hay que considerarla, cuando menos, cuestionada, a tenor del mandato constitucional.

En efecto, la postura de la Constitución al respecto es clara: Si la jurisdicción es única, deben desaparecer todos los Tribunales especiales existentes en este momento (18). Por lo tanto, la situación de hecho no concuerda con la norma constitucional y está pendiente del desarrollo que debe darle la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora bien, y esto es una cuestión distinta, ello no impide, en ningún caso, la especialización de los Tribunales en alguna materia determinada (19). Este es sólo un criterio organizativo que no afecta a la unidad conceptual de la jurisdicción, siempre que esa especialización sea precisamente de los órganos de la jurisdicción ordinaria (20).

Por otro lado, la propia Constitución salva la existencia de alguna jurisdicción especial. Expresamente se refiere nuestra norma fundamental a la jurisdicción militar, aunque reduce su ámbito de actuación a límites bien precisos: «La ley regulará el ejercicio de la

(16) El número de jurisdicciones especiales es harto relativo, porque todo depende del criterio diferenciador que utilizan los autores para identificar si en un organismo existe o no actividad jurisdiccional. Si se toma en consideración la producción o no de cosa juzgada (vid. por todos SERRA, *Jurisdicción...*, págs. 49 y ss.), el número de Tribunales jurisdiccionales especiales queda sensiblemente reducido.

(17) Sobre este aspecto del tema vid. por todos MONTERO, *Introducción...*, cit., págs. 28 y ss. Una concepción restrictiva de las jurisdicciones especiales en base al criterio de la cosa juzgada puede verse en SERRA, *Jurisdicción especial*, N.E.J. Seix, XIV, págs. 461 y ss.

(18) En materia civil, si se adopta un criterio restrictivo, puede decirse que el único Tribunal especial que existe es el Tribunal de Censos en Cataluña, que entiende exclusivamente de la división y redención de censos en esta zona. Si se adopta un criterio más amplio, el catálogo podría ampliarse. Vid., por ejemplo, GIMENO, *Fundamentos...*, cit., págs. 93 y ss.

(19) Así ha ocurrido con la especialización de las llamadas Magistraturas de Trabajo exclusivamente en asuntos laborales, o la reciente creación de Juzgados de Primera Instancia con atribuciones específicas en el campo del derecho de familia.

(20) Vid. también ALMAGRO, *El Derecho Procesal en la nueva Constitución*, R.D.Proc., 1978, págs. 848-849.

jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución» (art. 117,5 C). También se refiere expresamente la Constitución a la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 C). En este precepto está salvada, cuando menos, la rica tradición del Tribunal de las Aguas de Valencia (21), aunque, dada la amplitud del precepto, también podrían ser objeto de reivindicación algunos otros Tribunales.

Desde el punto de vista negativo, el principio de unidad jurisdiccional se completa con la prohibición de Tribunales de excepción (art. 117,6 C). En realidad lo que ha hecho este precepto es corroborar a nivel de la organización de la jurisdicción la garantía fundamental del juez natural. Los Tribunales de excepción sustraen a los ciudadanos del juez predeterminado por la ley. Por ello han quedado excluidos sin más del marco constitucional (22).

### 3. La organización judicial.

También nuestra ley fundamental efectúa unas previsiones generales sobre la organización judicial:

a) En general, la Constitución remite el esquema organizativo de los Juzgados y Tribunales a lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo proyecto se haya todavía pendiente de distribución parlamentaria en las Cortes: «La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales» (art. 122,1 C).

En todo caso, la organización de la justicia es jerárquica, a cuya cabeza se sitúa el Tribunal Supremo: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123,1 C).

b) Queda excluido del esquema organizativo de la justicia el Tribunal Constitucional, al que el propio texto constitucional dedica los artículos 159 a 165, hoy desarrollados ampliamente por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. El Tribunal Constitucional tiene un cometido específico básicamente referido al control de la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de

(21) Vid. ampliamente FAIRÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1975.

(22) Hoy no puede decirse que existan Tribunales de excepción en nuestro país. No obstante pueden verse las extensas observaciones críticas de GIMENO, *Fundamentos...*, cit., págs. 103 y ss. sobre la Audiencia Nacional y las razones invocadas para su creación.

ley y a la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la propia Constitución (23).

c) También se instituyen en la Constitución por primera vez los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas: «Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma» (art. 152, 1 C). Si bien han sido en parte desarrollados legislativamente por los diversos Estatutos de Autonomía ya promulgados, todavía no han comenzado a funcionar de hecho, entre otras razones, a la espera de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (24).

d) Desde el punto de vista del gobierno interno de la Magistratura, la Constitución crea un órgano específico, que es el Consejo General del Poder Judicial, hoy regulado por la Ley Orgánica 1/1980 de 10 de enero: «El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» (art. 122,2 C). Este está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establece la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión» (art. 122,3 C).

e) Finalmente, la Constitución fija los postulados fundamentales de la misión y funciones del Ministerio Fiscal en el seno del poder judicial: «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social» (art. 124,1 C). En el desempeño de esta misión, «el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los

(23) Sobre el Tribunal Constitucional, vid. por todos ALMAGRO, *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980. PÉREZ GORDO, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona, 1982.

(24) Sobre la configuración de estos Tribunales, vid. PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1982.

principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad» (art. 124, 2 C).

Los detalles de su organización están recogidos hoy en la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, que ha promulgado su Estatuto.

#### 4. Estatuto del personal jurisdiccional.

Respecto del personal jurisdiccional, la Constitución establece los siguientes principios:

a) El poder judicial está integrado por los Jueces y Magistrados formando cuerpo único (art. 122,1 C), a quienes está reservada la tarea de administrar justicia con exclusividad.

b) Los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su función son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117,1 C).

La independencia tiene una estrecha relación con el ejercicio de la función de juzgar (25). Supone tanto la ausencia de influjos externos, como su asepsia propia respecto del objeto litigioso. En suma, se traduce en la más absoluta libertad de criterio a la hora de juzgar. El único límite relativo que fija la Constitución es la sumisión del Juez a la ley, aspiración cuyo alcance luego se verá. Como contrapartida, se establece la responsabilidad del personal judicial.

Desde el punto de vista personal, la inamovilidad se complementa con diversas medidas relativas a su situación administrativa: «Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley» (art. 117, 2 C). Para salvaguardar estas prerrogativas constitucionales al estatuto personal de Jueces y Magistrados se establecen determinadas restricciones que van encaminadas a desligar a dicho personal de cualquier atadura o interés que pudiera menoscabar el ejercicio de su función: «Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos» (art. 127 C).

c) Ello no obstante, también los legos tienen un determinado acceso a la tarea de administración de justicia, en diversa medida.

(25) Vid. AGÚNDEZ, *Garantías constitucionales de la independencia judicial*, R.D.Proc., 1981, págs. 335 y ss.

En materia penal está abierta a todos los ciudadanos la posibilidad de ejercicio de la acción popular para perseguir cualquier delito público (art. 125 C). También podrán los ciudadanos participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado (art. 125 C). La efectividad práctica de esta previsión legal está subordinada a que en el futuro se apruebe la oportuna ley del Jurado (26).

Por otro lado, como ya se ha indicado, la Constitución salvo la existencia de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en cuya composición vienen participando legos.

Independientemente de esta participación de los ciudadanos en la administración de justicia con funciones jurisdiccionales, la Constitución establece asimismo el principio de auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales, siempre que éstos lo requieran, tanto en el curso del proceso como en la ejecución de lo resuelto (art. 118 C). Este principio constitucional llega incluso a estar tutelado penalmente mediante la tipificación del delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 237 CP).

### III. ESTADO DE DERECHO Y PROCESO CIVIL

El ejercicio de la función jurisdiccional civil en el ámbito de nuestro estado de derecho aparece presidido por diversos principios que la Constitución ha sancionado expresamente. Estos principios configuran de hecho la idiosincrasia de nuestro actual proceso civil. Unos atañen específicamente a la propia jurisdicción: La sumisión del Juez a la ley y la consecución de la seguridad jurídica son como las normas de funcionamiento de la jurisdicción en el proceso, desde el punto de vista constitucional. Otros, en cambio, garantizan el desarrollo de la actividad de las partes en orden al proceso. En esta perspectiva se encuadran tanto la libertad de acceso a los Tribunales como el propio principio dispositivo. Independientemente de ello, como luego se verá, el propio proceso viene dotado de unas garantías específicas tuteladas a nivel constitucional.

#### 1. Sumisión del Juez a la ley.

La Constitución española garantiza el principio de legalidad (artículo 9,3 C) y, consecuentemente con el esquema tradicional de la división de poderes en el que se incardina la jurisdicción, proclama la su-

(26) Vid. FAIRÉN, *Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978)*, R.D.Proc., 1978, págs. 709 y ss.

misión de Jueces y Tribunales «únicamente al imperio de la ley» (art. 117,1 C) y con competencia exclusiva para las funciones que la ley les atribuya (art. 117,4 C).

La promulgación de tal principio no pone sino de relieve el hecho de que vivimos en una experiencia legislativa codificada. Ciertamente, los Jueces y Tribunales son independientes como poder estatal, pero su independencia tiene en el estado de derecho uno de sus límites naturales en la sumisión del Juez a la norma jurídica. Ahora bien, ello no impide que se plantee una vez más el viejo problema de cuál es la adecuada posición del Juez frente a la norma jurídica. La doble opción, aplicación o creación del derecho, es siempre un problema que ha ocupado la atención de los autores. Como es sabido, en una concepción dualista de las relaciones entre derecho y proceso, el Juez se limitaría siempre a aplicar la norma jurídica al caso concreto, colmando a lo sumo las lagunas de la ley. Por el contrario, en una concepción monista de dichas relaciones, el dato de la creación judicial del derecho prima sobre cualquier otra consideración: la norma se recrea en el caso concreto a través de la actividad jurisdiccional (27).

Sea cual sea la postura dogmática que se sustente, en nuestra experiencia jurídica actual, el dato incontrovertido de la norma jurídica condiciona al Juez en su actividad creadora del derecho. El Juez es la garantía última del ordenamiento jurídico en nuestro estado de derecho. Debe, por lo tanto, comenzar él mismo por respetar la ley. Esta se cobra el tributo de hacerse respetar como garantía de su propia validez para comportamientos futuros. De ahí que, incluso en el texto constitucional, se haya recogido el deber de los Jueces de motivar sus sentencias (art. 120,3 C). Este aparente conflicto entre Juez y norma jurídica está acertadamente resuelto en el bello brocardo ciceroniano: *legem servi sumus ut liberi esse possimus*. Por ello, esta constitucionalización del deber de respeto a la ley por parte de los Jueces y Tribunales se convierte, en definitiva, en una garantía más de la libertad en nuestro estado de derecho.

## 2. El principio de seguridad jurídica.

Uno de los objetivos permanentes de un estado de derecho es garantizar la seguridad jurídica y así aparece también este propósito en el título preliminar de nuestra Constitución (art. 9,3 C).

En buena medida, la consecución de la seguridad jurídica está ligada al respeto del principio de legalidad, que ya se ha señalado que debe inspirar la actuación de los Tribunales. Pero desde el

punto de vista procesal todavía existen dos aspectos, al menos, que inciden en la consecución de aquel objetivo.

a) El primer aspecto se refiere al principio de congruencia de las resoluciones judiciales, que gobierna la actividad jurisdiccional en el proceso a la hora de enjuiciamiento (28). Esta exigencia de congruencia supone una adecuación entre lo pedido y lo resuelto. Correlación que debe ser absoluta en cuanto a los hechos debatidos en el proceso, que el Juez no puede modificar, ya que en el proceso civil rige en toda su extensión el principio de aportación de parte. En cambio, por lo que respecta a la fundamentación jurídica, la vigencia del principio *iura novit curia* supone una mayor libertad de actuación del Juez en cuanto a la aplicación de la norma jurídica. Pero, en todo caso, con un límite: el respeto a la *causa petendi* alegada por las partes en el proceso.

La observancia de este principio de congruencia de las resoluciones judiciales que incide en la seguridad jurídica se refuerza si se toman en consideración alguna de las garantías fundamentales del proceso, a las que luego se aludirá. En concreto, la inobservancia de la congruencia puede producir una lesión en el derecho de defensa de las partes y conculcar el principio de contradicción. Esta misma observación es recogida por la sentencia núm. 20/1982 de 5 de mayo de 1982 (Rec. amparo 405/81, B.O.E. 18 mayo 1982): «La congruencia de las sentencias, que, como un requisito de las mismas establece el artículo 359 de la LEC, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida. Cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en estos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede por esto ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena se produzca sin que se le haya dado a las partes oportunidad de defenderse, sobre los nuevos términos en que el Tribunal coloca el asunto.»

(28) Sobre el fundamento constitucional de la congruencia, vid. también ALMAGRO, *Garantías constitucionales del proceso civil*, «Justicia 81», págs. 34 y ss.

(27) Vid. ampliamente mi estudio *Derecho y proceso*, cit., págs. 193 y ss.

b) El segundo aspecto que desde el punto de vista procesal incide en la seguridad jurídica que debe proporcionar un estado de derecho es que las resoluciones judiciales, llegado un determinado momento, deben ser irrevocables. Y así ocurre al dotárseles de la fuerza de cosa juzgada. No obstante ser el proceso una sucesión de actos, ésta no es indefinida, sino que tiende a la consecución del derecho en el juicio. Por eso llega un momento en que la *res iudicanda* se convierte en *res iudicata*. En este momento el resultado del proceso deviene inmutable y fija definitivamente la posición de las partes respecto al derecho.

Este carácter definitivo e irrevocable de las resoluciones jurisdiccionales contribuye a la estabilidad del ordenamiento jurídico, al proporcionar al ciudadano la certeza de que su problema jurídico, dentro de los límites de lo juzgado, ya no volverá a ser discutido. Por ello, el principio de cosa juzgada se convierte en un claro elemento de seguridad del derecho y, por antonomasia, criterio distintivo de la actividad jurisdiccional.

### 3. La libertad de acceso a los Tribunales de justicia.

Instituido el poder judicial en el estado de derecho, una de las esperanzas lógicas de los ciudadanos es poder acudir a él en demanda de justicia. Nuestra ley fundamental constitucionaliza asimismo esta libertad de acceso a los Tribunales al señalar: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24,1 C).

La norma establece claramente el derecho a la jurisdicción, esto es, el derecho a obtener de los Tribunales de Justicia un pronunciamiento, sea favorable o adverso (29). Derecho que no hay que entender limitado a la facultad de accionar, sino que es derecho a una respuesta jurisdiccional y, por lo tanto, también derecho al proceso (30). Sin embargo, la norma no prevé exclusivamente la posibili-

(29) Así expresamente en las sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1981 (Recurso de amparo 202/1980, B.O.E. 21 mayo 1981), 8 junio 1981 (Recurso de amparo 89/1980, B.O.E. 7 julio 1981) y 14 julio 1981 (Recurso de amparo 61/1981, B.O.E., 20 julio 1981).

(30) Al amparo de esta norma constitucional tienen cabida las diversas posiciones dogmáticas en torno a los conceptos de acción y jurisdicción procesales. Entre nosotros y como exposiciones más recientes, vid. SERRA, *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en Estudios..., cit., págs. 118 y ss. Id., *Jurisdicción...*, ibídem, págs. 20 y ss. ALMAGRO, *El libre acceso como derecho a la jurisdicción*, RFDU, Madrid, 1970 (37), págs. 95 y ss. MONTERO, *Introducción...*, cit., págs. 15 y ss. GIMENO, *Fundamentos...*, cit.,

dad de acudir a los Tribunales de Justicia. Este libre acceso está rodeado tal vez de la garantía más importante de cuantas están establecidas en la Constitución: la tutela jurisdiccional debe ser efectiva. Las repercusiones de este mandato constitucional se producen prácticamente a lo largo de todas las fases del proceso, como luego se verá.

Pero no sería suficiente con consignar el principio si luego no se establecieran los medios para que dicha aspiración pueda cumplirse en la práctica. A ello responde, sin duda, la previsión de eficacia a que alude el texto constitucional. Pero no sólo. La Constitución recoge asimismo otros dos medios encaminados a facilitar la efectividad del libre acceso. El primero de ellos es el derecho a la defensa por medio de la asistencia letrada (art. 24,2 C), que constituye además una de las garantías fundamentales del proceso. Esta garantía viene exigida por la complejidad de la vida jurídica actual con el fin de no dejar inerte al ciudadano en sus ansias de protección jurídica. La segunda previsión constitucional es la gratuidad del acceso, de tal manera que cualquier ciudadano que carezca de recursos económicos no por esta razón se vea privado de acudir al proceso. Ello sin perjuicio de que en determinados casos y con carácter general la justicia pueda ser gratuita. Estas dos últimas aspiraciones son recogidas en el artículo 119 de nuestra Constitución: «La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar» (31).

### 4. El principio dispositivo.

La configuración del proceso civil en nuestro estado de derecho según la Constitución, se asienta por antonomasia en el principio dispositivo. Nuestro texto fundamental no recoge expresamente la literalidad de este principio entre sus preceptos. Pero sí recoge claramente las bases inconfundibles sobre las que éste se fundamenta. Así, se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33,1 C), el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 C) y, con carácter general, la tutela de los derechos e intereses legítimos (art. 24,1 C). De aquí se sigue el reconocimiento del derecho subjetivo privado como aspiración

págs. 21 y ss. PÉREZ GORDO, *El concepto de Derecho Procesal*, en Estudios de Derecho Procesal, Zaragoza, 1981, págs. 31 y ss.

(31) Sobre el particular, vid. ampliamente GÓMEZ COLOMER, *El beneficio de pobreza*, Barcelona, 1982, págs. 401 y ss. Id., *¿Es posible actualmente la administración gratuita de la Justicia, entendida de forma relativa, en España?*, «Justicia 82» (III), págs. 79 y ss.

jurídica individual que posibilita y fundamenta el acceso a los Tribunales (32).

Este principio es uno de los que genuinamente regula la actividad de las partes en el proceso civil y su contenido es mucho más rico que lo que su denominación indica. En líneas generales podría definirse por los siguientes parámetros:

En primer lugar, este principio significa libertad de iniciativa del proceso civil, o, lo que es lo mismo, libertad de acción. La incoación del proceso civil no se presenta así como algo inevitable o necesario, sino que queda sometida exclusivamente a criterios de oportunidad de la parte.

En segundo lugar, el principio significa libertad de aportación de los materiales fácticos del proceso, de tal manera que la facultad de delimitación del objeto del proceso queda reservada a las propias partes (33). Esto constituye, por otro lado, uno de los límites del principio de congruencia que rige la actividad jurisdiccional.

En tercer lugar, el principio alcanza su máximo exponente en los negocios dispositivos que pueden afectar sea al proceso, sea al derecho litigioso. Desde esta perspectiva cobra significación la expresión de que la parte es *dominus litis*.

En fin, baste por último añadir que esta configuración del principio dispositivo como un principio que regula la actividad de las partes en el proceso nos pone de manifiesto que una recta intelección del mismo no supone propugnar una postura abstencionista y pasiva del Juez en el proceso civil. Por el contrario, la actividad jurisdiccional es también una de las fuerzas que mueven el proceso y por ello goza de autonomía propia, es decir, goza de libertad de iniciativa y desarrollo dentro de los cauces del procedimiento (34).

#### IV. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO CIVIL

Además de haber incardinado el poder judicial en el estado de derecho con un cometido específico y de haberle asignado un instrumento propio de actuación, nuestra Constitución se ha preocupado de rodear de una serie de garantías básicas el desenvolvimien-

(32) Vid. también ALMAGRO, *Garantías constitucionales...*, cit., págs. 17 y ss.

(33) Algunos autores, siguiendo a la doctrina alemana, prefieren enunciar en este caso un principio autónomo: el de aportación de parte. Vid. por todos GIMENO, *Fundamentos...*, cit., págs. 205 y ss.

(34) Esta apreciación implica sin duda revisar los preceptos de nuestra LEC para adecuarlos al verdadero contenido del principio dispositivo, por ejemplo, en lo que respecta a la iniciativa probatoria del Juez y al control de oficio de los presupuestos procesales.

to del proceso civil. En este sentido, el texto constitucional, independientemente de sentar un principio general, por partida doble, enumera en concreto alguna de ellas.

La norma en que por excelencia se recogen estas garantías es el artículo 24 de la Constitución, que ha venido a convertirse en el soporte constitucional de todo proceso. Este artículo dispone:

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.»

El contenido de esta norma encierra un verdadero código de derechos fundamentales en el proceso, que van desde principios generales a normas específicas, y que son aplicables a todo tipo de proceso, sin limitación. Desde el punto de vista del proceso civil, una sistematización de estas garantías podría responder al siguiente esquema (35):

##### 1. *El proceso con todas las garantías.*

En el texto de la norma transcrita y al final de su párrafo segundo se hace referencia a que todos tienen derecho a un proceso *con todas las garantías*. La letra del texto constitucional es lo suficientemente clara como para que no existan graves problemas de interpretación en cuanto al mandato constitucional: la necesaria observancia de todas las garantías en el proceso.

El principal problema estriba en determinar qué es lo que se ha de entender por «todas las garantías». En mi opinión, en este punto, no caben versiones restrictivas del sentido de esta norma. Indudablemente y en primer lugar, son garantías del proceso todas las enumeradas en el propio texto constitucional y que, por razón de su preeminencia, se recogen expresamente en la Constitución. Pero no sólo éstas. El proceso jurisdiccional está sometido a unas determi-

(35) Una sistematización general de todas las garantías constitucionales puede verse en ALMAGRO, *El Derecho Procesal en la nueva Constitución*, cit., págs. 80 y ss.

nadas «reglas de juego», que tanto los Tribunales como las partes deben respetar. Al fin y al cabo por ello hemos sometido la acción privada al proceso y renunciado a la ley del talión. Estas reglas de juego son las normas de procedimiento que se contienen en los códigos procesales. No puede haber duda alguna de que dichas normas son garantía del suceder del proceso, regulando equilibradamente las expectativas y cargas de las partes y los poderes del Juez por igual. El proceso se somete a dichas normas precisamente porque se han considerado las más adecuadas en un momento determinado y así se han codificado. Pues bien, la infracción de las normas de procedimiento da lugar a la inobservancia de las debidas garantías y debe tener acceso sin duda a la tutela constitucional.

Existiría la tentación de atribuir a esta postura un carácter maximalista, pues sería fácil decir que no todas las normas del proceso tienen un carácter fundamental. Esta concepción, que se asienta en el carácter instrumental de dichas normas, es, cuando menos, peligrosa. En principio, no creo que pueda calificar a la ligera el carácter básico o no de una norma procesal. Esto es más bien un problema de funcionamiento de la norma en el caso concreto. Por un lado, muchos preceptos procesales, en una u otra forma, prevén o hacen previsibles los efectos de su inobservancia. Así, por ejemplo, el hecho de no dictar el Juez una providencia dentro de plazo sólo puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria del mismo, en principio (artículos 301 y 375 LEC). Pero el tema puede que no se agote ahí. La demora en dictar una resolución puede también equivaler a denegación de justicia, indefensión o retraso en la administración de justicia, efectos no queridos por la Constitución. En este caso, infringir una simple norma instrumental que señala un plazo para dictar resoluciones, es también infringir una garantía procesal. Esta observación viene a demostrar que, independientemente del principio general, la formulación de las otras garantías constitucionales del proceso es lo suficientemente amplia para que puedan ser invocadas conjuntamente en un caso concreto (36). Por ello, desde el punto de vista de los principios, nos encontramos que lo que en definitiva está constitucionalizado es el *debido proceso* y, en este sentido, en principio, cualquier norma procesal puede ser garantía de ese debido proceso.

Desde otro punto de vista hay que señalar que el texto constitucional relativo al derecho a un proceso con todas las garantías cumple asimismo una función preventiva en el sentido de que las

(36) Así ha ocurrido, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1981 (Recurso de amparo 202/1980, B.O.E. de 21 mayo 1981).

normas de procedimiento concretas que se articulen deben observar los valores superiores recogidos en la Constitución. De esta manera la Constitución realiza una función moralizadora sobre las normas de procedimiento vigentes o que se promulguen, haciendo posible el que se suscite la cuestión de su inconstitucionalidad.

## 2. *Garantías procesales recogidas en Convenios internacionales sobre derechos fundamentales.*

La cláusula general de nuestra Constitución relativa al proceso con todas las garantías se completa con una norma, si cabe, más amplia, por medio de la que se sienta otro principio general en la materia:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10,1 C).

Como es sabido, la mayoría de estos Convenios recogen verdaderos catálogos de garantías procesales aplicables al proceso. En virtud de esta remisión legislativa encontramos así incorporados a nuestro derecho todos aquellos principios promulgados en los mencionados Convenios. Mediante este mecanismo se establece una nueva cláusula general en nuestro ordenamiento constitucional, que permite invocar, por doble vía, la mayoría de las garantías fundamentales del proceso. En este caso la tutela trasciende las instancias nacionales y se proyecta, como veremos, sobre instancias internacionales.

## 3. *Garantía del Juez natural.*

Estableciendo en la Constitución el principio de unidad jurisdiccional, se ha de velar por su cumplimiento, tanto a nivel organizativo como a nivel de funcionamiento. Desde el primer punto de vista implica la supresión de cualquier tribunal de excepción; desde el segundo, significa que el acceso del ciudadano a la justicia ha de ser a través de su Juez natural. Este Juez, garantizado constitucionalmente, es el *Juez ordinario predeterminado por la ley* (art. 24,2 C). Esta garantía tutela, pues, al ciudadano en el momento de acceso a los Tribunales, reforzando en dicho instante la actuación de los principios que rigen la organización de la jurisdicción en el estado de derecho. La garantía significa:

a) El ciudadano tiene derecho a que su causa sea enjuiciada por un Tribunal jurisdiccional y no por cualquier otro organismo pseudojurisdiccional. «Jueces» son los reconocidos como tales dentro del poder judicial, con todas las prerrogativas inherentes a su oficio. La ley está pensando, sobre todo, en aquellas características de independencia e imparcialidad, que garantizan la ajenidad del Juez respecto del litigio desde todos los puntos de vista. Si además está establecida la exclusividad de la jurisdicción para la resolución definitiva de cualquier asunto, la garantía significa reconocer el derecho a que la última palabra sobre el tema provenga siempre de un Juez.

b) El Tribunal jurisdiccional que conozca del asunto debe ser un Tribunal ordinario. La denominación está utilizada obviamente en contraposición a los Tribunales de excepción, prohibidos expresamente por la Constitución (art. 117,6 C). Tribunales ordinarios son los institucionalizados dentro de la organización judicial de un país con carácter general para todo tipo de asuntos. Ahora bien, ello no significa que no puedan existir Tribunales especializados en una materia o materias concretas. La optimización del trabajo o el rendimiento de un Tribunal jurisdiccional exige a veces determinados tipos de especialización. Siempre que ésta no constituya más que un criterio de distribución del trabajo que no atente contra la independencia de la función no se quebranta la garantía del Juez natural.

c) El Tribunal jurisdiccional debe estar predeterminado por la ley. Esto significa, sobre todo, que el asunto no puede ser sometido a un Tribunal creado expresamente para ese caso, o creado con posterioridad al hecho sometido a su conocimiento. La norma legítima, en cambio, las reglas de competencia que pueden regir en un determinado proceso. Juez natural no es sólo el Juez del domicilio, sino el Juez competente señalado por las normas procesales con carácter absoluto o relativo, según los diversos tipos de competencia.

#### 4. Garantías específicas del proceso.

Independientemente del mandato general de que el proceso se desarrolle con todas las garantías, entre ellas todas las recogidas internacionalmente en las Declaraciones y Convenios sobre derechos humanos, la Constitución ha querido señalar expresamente algunas de ellas. Otras han sido puestas de relieve por las sentencias del Tribunal Constitucional, como implícitas dentro de las señaladas expresamente. Mientras que el principio del Juez natural salvaguarda la idoneidad del órgano destinado a procurar la tutela jurídica, las garantías que se dirán a continuación miran al instrumento por medio del cual se presta esa tutela. Estas garantías específicas del

proceso aseguran la efectividad de los derechos fundamentales de la persona a lo largo de las diversas fases del mismo. Las que se refieren al proceso civil son las siguientes:

#### a) La igualdad de las partes en el proceso.

La Constitución establece el derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos ante la ley y prohíbe todo tipo de discriminación por cualquier causa (art. 14 C). La transposición procesal de este principio se traduce en la garantía de igualdad de las partes en el proceso.

Desde el punto de vista estrictamente dogmático, las dos posturas procesales en que se contraponen los intereses discutidos en el proceso civil deben ser absolutamente equivalentes en expectativas y cargas. Y así se recoge normalmente en los Códigos procesales. En este sentido, la garantía constitucional de igualdad de las partes en el proceso es superabundante, porque no añade nada distinto a lo que ya prevén las normas procesales. Esta observación podría explicar que en el texto del artículo 24 no se alude expresamente a dicha garantía. Ello no obstante, hay que entenderla implícitamente incluida en dicha norma, como ponen de relieve varias resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional.

La metodología que ha seguido el Tribunal Constitucional para enunciar el principio, ha sido atender al posible resultado de indefensión que un determinado comportamiento o actuación procesal pueden producir, indefensión que sí viene aludida expresamente en el artículo 24,1 de la Constitución. Así, señala el Tribunal Constitucional que la tutela efectiva supone que la igualdad entre las partes, propia de todo proceso en que éstas existan, sea asegurada de forma que no se produzca desigualdad entre las mismas y consiguientemente indefensión (37). Este resultado puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal (38). En definitiva, se trata de evitar un resultado aleatorio del proceso, ajeno a su cometido en el ámbito del ordenamiento jurídico, en función de las circunstancias de cada caso.

La aplicación práctica del principio no significa que el Juez deba asumir la defensa de la parte teóricamente más débil, porque en-

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1981 (Recurso de amparo 202/1980, B.O.E., 21 mayo 1981).

(38) Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1981 (Recurso de amparo 46/1981, B.O.E. 13 agosto 1981).

tonces se incurriría en una desigualdad de signo contrario, igualmente prohibida por la Constitución. La postura del Juez en el proceso viene dada por una correcta interpretación de alcance del principio dispositivo, tal como se señaló más arriba. Tampoco debe suplirse la posible negligencia o desidia de una parte en el proceso, porque al fin y al cabo *vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*. En suma, la filosofía del principio de igualdad es un reto continuo a conseguir ese difícil equilibrio entre su formulación teórica y su materialización práctica, lamentablemente, en ocasiones, por encima de la aspiración teórica de igualdad de las partes, se imponen evidentes desigualdades sociológicas no siempre fáciles de remediar.

b) *La garantía de audiencia y contradicción.*

Otras de las garantías básicas del proceso que el Tribunal Constitucional ha entendido encuadradas en el artículo 24 de la Constitución, no obstante no estar formuladas nominalmente, son la observancia de los principios de audiencia y de contradicción, que se complementan recíprocamente. Una vez más, la perspectiva de un posible resultado de indefensión ha sido la que ha conducido al Tribunal a la enucleación de estos principios.

La primera manifestación obvia de los mismos es el derecho a ser notificado de la pendencia del proceso, es decir, al emplazamiento y, ante todo, al emplazamiento personal, siempre que ello resulte factible: «El artículo 24,1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados —e incluso coadyuvantes—, siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente, aun cuando no se oculta a este Tribunal —dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse— que la consecución plena de este resultado puede exigir un cambio legislativo» (39). Se otorga así al demandado la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa en la medida que juzgue conveniente para sus intereses.

(39) Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981 (Recurso de amparo 107/1980, B.O.E. 14 abril 1981). La sentencia se refiere específicamente al supuesto del art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero la doctrina puede generalizarse también al proceso civil. Las tesis de esta sentencia se han vuelto a reiterar en la de 20 de octubre de 1982 (Recurso de amparo 63/1982, B.O.E. 17 noviembre 1982).

Pero la virtualidad de estos principios no se agota en la fase inicial del procedimiento. Antes al contrario, preside todo el desarrollo del mismo y deben verificarse en la distribución por igual de las expectativas y cargas de las partes a lo largo del proceso. Al fin y al cabo su fundamento no es otro que la bilateralidad de la acción. Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional al señalar: «Es necesario observar que la Constitución, en su artículo 24, consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza ese derecho de defensa. Este refuerzo supone que, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases, cuya resolución afecte a los derechos o intereses legítimos de una persona, ésta debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el apartado segundo del citado precepto constitucional» (40).

c) *Garantía de la defensa y asistencia de Letrado.*

Expresamente señala la Constitución que todos tienen derecho a la defensa y asistencia de Letrado (art. 24,2 C). La previsión constitucional constituye un medio imprescindible para hacer efectivo el libre acceso a los Tribunales de justicia. Poco importa que se abran al ciudadano las puertas de la justicia a través del proceso, si luego se le abandona a su suerte. La intervención letrada proporciona al ciudadano el debido asesoramiento para conducir a buen fin la defensa de sus intereses legítimos.

Esta garantía comporta, ante todo, el derecho de la parte a ser representada y defendida por profesionales libremente designados por ella: «El derecho a la defensa y asistencia de Letrado, consagrado en el artículo 24,2 de la Constitución, comporta, de forma esencial, que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación» (41). De ahí que cualquier imposición de Letrado, si el interesado no le otorga su confianza, haya que considerarla inconstitucional. Incluso determinadas previsiones legislativas en cuanto a la unidad de defensa de una pluralidad de litisconsortes (42) tienen que ser exami-

(40) Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1981 (Recurso de amparo 202/1980, B.O.E., 31 mayo 1981). También en Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de diciembre de 1980 (Aranzadi 4.734) entiende incluido el principio de audiencia en el artículo 24,1 de la Constitución.

(41) Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1981 (Recurso de amparo 193/1980, B.O.E. 13 agosto 1981).

(42) Tal como ocurre, por ejemplo, en los artículos 531 LEC y 113 LECr.

nadas desde la perspectiva de si existe una verdadera convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias. En otro caso, debe respetarse escrupulosamente el derecho a la libre elección de abogado.

Asimismo, la garantía abarca el amplio abanico de posibilidades que puede proporcionar la intervención de un Letrado: desde la presencia física del Letrado junto a su patrocinado en las actuaciones que así lo requieran, pasando por las actividades de asesoramiento, consejo y dirección jurídica, hasta la representación en su más amplio sentido. El Letrado se convierte así en la voz que expresa las aspiraciones jurídicas del ciudadano y traduce a ritual jurídico los intereses que le son confiados.

Finalmente, la garantía es exigible en cualquier momento que se precise, incluso para promover el proceso, debiendo existir la oportunidad de utilizarla en cualquier actuación jurídica. La jurisprudencia constitucional examina si la falta de defensa letrada puede producir indefensión para enjuiciar el avance de un proceso y la consiguiente preclusión de trámites en ausencia de Letrado. Y llega a la conclusión de que, si dicho resultado puede producirse, es necesario incluso suspender el curso del proceso hasta que se provea a la parte de asistencia letrada (43). Una mejor confirmación no podría hallar esta garantía constitucional.

d) *Garantía de utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.*

Esta garantía constitucional, recogida asimismo en el artículo 24,2 de nuestra norma fundamental, es complementaria de las anteriores en orden a la efectividad del libre acceso a la justicia. Como es sabido, el esquema general del proceso civil en primera instancia

Precisamente esta última norma es la que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1981, que otorga el amparo al recurrente y proclama su derecho a la libre elección de defensor.

(43) Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1981 (Recurso de amparo 46/1981, B.O.E. 13 agosto 1981): «Tal resultado puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal; desigualdad real e inaplicación práctica del principio mencionado que puede producirse cuando se priva de la posibilidad efectiva de la dirección de Letrado a quien carece de medios económicos, como puede suceder si no se suspende el curso del proceso hasta que le sea nombrado de oficio, con el resultado de que se le tenga por decaído en su derecho a formular oposición a medida que van transcurriendo los trámites sin que todavía disponga de Letrado.»

comprende, a grandes rasgos, una fase de alegaciones, una fase de prueba y otra de conclusiones. La necesidad de la prueba en el curso del proceso civil es ciertamente algo contingente, pues puede ser superflua o la parte puede renunciar a ella. Pero, cuando el proceso sea recibido a prueba, la garantía significa que la parte tiene derecho a utilizar todos los medios pertinentes para su defensa.

En mi opinión, no hay que restringir la interpretación del precepto en el sentido de que sólo podrán utilizarse los medios probatorios previstos por la ley. Prescindiendo de si los nuevos métodos probatorios, que día a día se incorporan a nuestro acervo cultural, son o no encuadrables en los medios tipificados en la ley (44), lo cierto es que la Constitución se refiere a todas las pruebas conducentes a la defensa. Por ello no debe existir limitación alguna en cuanto a la cantidad y a la calidad de dichas pruebas. También deben considerarse derogados por la Constitución cuantas limitaciones respecto de los medios probatorios existan, que repercutan en el derecho a la defensa.

Debe quedar empero bien entendido que esta garantía no puede suplir la negligencia de la parte en cuanto a la actividad probatoria. La contradicción exige dar oportunidades a las partes por igual. El aprovecharlas queda encomendado a la diligencia de cada uno. Sólo cuando la parte ha desplegado todos sus esfuerzos en orden a la práctica de las pruebas y no lo ha conseguido, debe tomarse en consideración la garantía constitucional para que este derecho a los medios de defensa pueda ser efectivo.

Por lo tanto, resulta obvio que la garantía comienza a operar cuando la parte propone medios de prueba, que intenta hacer valer en el proceso. Esto no significa sin más el derecho a que todos ellos se tomen en consideración. La Constitución asegura el derecho a la prueba cuando el medio ha de ser pertinente para la defensa. El problema de la pertinencia se remite a las normas de los Códigos procesales. El juicio sobre la relevancia de una prueba lo efectúa el Juez en función de las circunstancias del pleito, básicamente, los hechos objeto de controversia y la posibilidad de obtener un resultado probatorio útil e influyente en la decisión a través de tal medio. Desde este punto de vista, la garantía constitucional es tan sólo un refuerzo ulterior de las normas procesales sobre la pertinencia de la prueba. Permite establecer en un segundo momento y ante las instancias superiores de la Justicia un control sobre el juicio acerca de la pertinencia de la prueba que el Juez se ha formado. Básicamente da oportunidad al Tribunal Constitucional de pronunciarse

(44) Vid. MONTÓN REDONDO, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977.

sobre si la prueba es o no relevante e influyente en la decisión del pleito (45).

Una ulterior extensión de la garantía, correcta desde el punto de vista dogmático, pero que podría suscitar suspicacias en este momento desde el punto de vista *de iure condito*, es la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controle la falta de iniciativa probatoria de los Tribunales de instancia, cuando este hecho produzca indefensión. Aunque sea dentro de los estrechos cauces de las diligencias para mejor proveer (arts. 340 y ss. LEC), los Jueces de instancia deben sopesar si la práctica de alguna de dichas diligencias es o no necesaria para que el derecho de las partes diligentes a la prueba tenga cumplida efectividad. Aunque en este momento del proceso la iniciativa probatoria quede exclusivamente en manos del Juez, estimo que se debe tener en cuenta el hecho de si las pruebas debidamente propuestas y admitidas se han podido o no practicar realmente y por qué razones, para obrar en consecuencia. La iniciativa del Juez en estos casos, aun a excitación de parte, no es sino cumplimiento estricto de la garantía constitucional.

e) *Garantía de un proceso público.*

La publicidad del proceso es una forma de disponer la actividad procesal que tiene diversos objetivos: Al ciudadano le permite que su causa sea vista a la luz pública y no a escondidas. Respecto de la administración de justicia, se traduce en la oportunidad de que los justiciables vean por sí mismos cómo se gestiona el servicio de justicia en el estado de derecho. Sin duda, sacar el proceso a la luz pública, sobre todo en el campo penal, ha sido uno de los grandes logros en materia de garantías procesales. Pero el principio también es aplicable a todo tipo de procesos y con este carácter general se haya constitucionalizado (art. 24,2 C).

(45) Vid. sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1982 (Recurso de amparo 4/1982, B.O.E., 18 agosto 1982): «Podrá justificarse un alegato de indefensión, si intentado en tiempo y forma unas pruebas que siendo pertinentes, son también influyentes para la decisión del litigio, el Juez del proceso las rechaza, no remediando mediante otras actividades probatorias la indefensión. Con pertenecer esto, en principio, al área de las funciones del Juez, y su remedio, a las instancias siguientes, y, en su caso, a la casación por vicios relativos a la prueba, podrá darse supuestos en que agotados todos los medios disponibles en sede judicial, la denegación pueda tener acceso al amparo constitucional, como generadora de una indefensión patente, acceso, por lo demás, que deberá sentarse en una sólida justificación por cuanto el Tribunal Constitucional no está establecido para velar, y, en su caso, corregir, todos los vicios *in procedendo*. Sólo aquellos que incidan en lo que es esencial del derecho a la jurisdicción y al proceso debido.»

Desde el punto de vista de los intereses discutidos en el proceso civil, podría cuestionarse la oportunidad de tal principio, pues sin duda se trata de intereses privados. Más aún, existen procesos en los que las partes pueden estar conformes en que no se dé publicidad a los debates. Sobre esta apreciación cabría formular varias observaciones:

Ante todo, se ha de señalar que la garantía está establecida en interés de las partes. Por lo tanto, parece prudente que cuando con la publicidad se puedan producir resultados contrarios a los perseguidos por dicho principio, éste se atenúe, por ejemplo, limitando la publicidad a las partes. Al fin y al cabo publicidad y secreto son sólo dos formas de disponer la actividad procesal, que no afectan a los principios fundamentales del mismo.

De hecho, así ocurre con lo previsto en nuestras leyes procesales. La LEC señala que las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales se practicarán en audiencia pública (art. 313 LEC). Dicha regla general admite restricciones respecto de aquellos negocios en que lo exija la moral y el decoro (art. 314 LEC) (46). Pero tampoco habría inconveniente en hacer una interpretación extensiva de las excepciones, por cualquier motivo razonable, en función del contenido constitucional de las garantías de publicidad y defensa. La posibilidad de excepciones a dicha garantía está salvada asimismo por la propia Constitución: «Las actuaciones judiciales serán publicadas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento» (art. 120,1 C). Y en ello abundan todos los Convenios internacionales sobre derechos fundamentales (47).

En cualquier caso, no se puede perder de vista el otro objetivo de este principio procedimental. La publicidad contribuye a ampliar el marco de resonancia de la función jurisdiccional. La ejemplaridad en la administración de justicia se fomenta en la medida en que el público pueda tener acceso al santuario de los Tribunales. Pero ello es un principio político del funcionamiento del poder judicial en nuestro estado de derecho, cuya efectividad sólo puede ir ligada a la implantación de la oralidad, extremo éste al que incluso se refiere nuestra Constitución: «El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal» (art. 120,2 C).

(46) Los artículos 570 y 572 LEC reiteran la misma regla en materia de prueba.

(47) Vid. sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 (Recursos de amparo 185/1980 y 402/1981, B.O.E. 17 noviembre 1982), que expone ampliamente el contenido del principio de publicidad en el proceso penal, a la luz de los Convenios internacionales.

### 5. *Garantía de la tutela efectiva.*

La Constitución no sólo rodea de garantías el instrumento por medio del cual se obtiene la tutela jurisdiccional, sino que además trata de asegurar que el proceso cumpla el fin para el que está previsto. En el momento final del proceso es precisamente cuando se somete a prueba el funcionamiento de todas las garantías procesales. La perspectiva del resultado que se obtiene o que se produce como consecuencia de una actuación procesal ha servido al Tribunal Constitucional para describir y confirmar muchas de las garantías fundamentales del instrumento de tutela jurisdiccional. El principio lo ha enunciado la Constitución señalando que la tutela otorgada por los Jueces y Tribunales ha de ser efectiva y reforzándolo con la prohibición de que en ningún caso se produzca indefensión (art. 24,1 C). Este principio constitucional de eficacia del proceso tiene una doble vertiente operativa:

#### a) *Prohibición de indefensión.*

El proceso nunca puede llegar a su fin a costa del derecho de defensa de las partes. Cualquier resultado lesivo que provenga de una inobservancia o de una incorrecta aplicación de las reglas de procedimiento está descartado por la Constitución. En prevención de estos resultados aleatorios o para corregir los desvíos ya producidos en casos concretos, el Tribunal Constitucional ha apelado, como se ha visto, a los principios de igualdad de las partes, audiencia y contradicción, defensa letrada, producción de pruebas pertinentes y publicidad. En definitiva, todas estas garantías del instrumento están pensadas para que éste se adecue a los objetivos constitucionales de justicia. Respetados dichos principios, resulta asimismo inviable hablar de indefensión, aunque la decisión del proceso sea desfavorable para una parte. La indefensión no tiene nada que ver con el contenido favorable o adverso de la sentencia, sino con el camino seguido hasta llegar a ella.

#### b) *Eficacia del proceso.*

La garantía constitucional no se limita a este aspecto negativo de prohibición de indefensión, sino que va más allá. Desde un punto de vista positivo, la garantía significa que el proceso ha de ser eficaz. Este contenido constitucional de eficacia es todo un programa y un reto para revisar si el proceso, en todas sus fases, cumple con los fines que se le han asignado en nuestro ordenamiento y que el ciudadano, razonablemente, espera obtener. Como ya he indicado

en otro lugar (48), este principio constitucional de eficacia comporta, como mínimo, las siguientes consecuencias:

Ante todo, el que el libre acceso a los Tribunales de justicia sea real y posible y no se vea frustrado antes de iniciar el proceso por imposibilidad de servirse de él, o *a posteriori* por el deficiente funcionamiento práctico de la institución procesal.

En este mismo orden de cosas hay que situar la expectativa de que los Tribunales de justicia funcionen con normalidad, estando dotados de los medios humanos y materiales necesarios y haciendo uso de ellos, como corresponde a un servicio público.

Sucesivamente, el proceso debe tener una duración razonable, que, por definición, debe ser la señalada por los códigos procesales. Expresamente se ha referido la Constitución a este problema al proclamar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24,2 C). Dilaciones indebidas son todas las que exceden de los plazos legales, conducen a una justicia retrasada y provocan, aparte de la indefensión, daños (49).

El proceso debe tener, asimismo, un coste económico soportable, de tal manera que su resultado sea rentable. Ello debe incidir tanto en la aplicación de los criterios sobre la imposición de las costas, como, en su caso, en el otorgamiento del beneficio de justicia gratuita a las personas que carezcan de recursos para litigar.

En fin, tras el proceso, la fase de ejecución debe, asimismo, otorgar al litigante victorioso satisfacción cumplida de cuanto le ha concedido la sentencia. Resulta sintomático que nuestra Constitución haya reforzado este principio, que es obvio, con una norma expresa: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto» (art. 118 C) (50).

(48) Vid. ampliamente mi estudio sobre *La eficacia del proceso*, «Justicia 82», II, págs. 97 y ss.

(49) Sobre el tema puede verse la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981 (Recurso de amparo 6/1981, B.O.E. 20 julio 1981).

(50) La sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1982 (Recurso de amparo 234/1980, B.O.E. 28 julio 1982) señala claramente: «El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo (24,1) consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto

Bastaría, pues, como se puede comprobar, con esta garantía de tutela efectiva para resumir, en esencia, todas las que deben calificar al proceso jurisdiccional desde el punto de vista de la Constitución.

#### V. TUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO CIVIL

Poco habría importado el establecimiento de un sistema de garantías constitucionales del proceso, si paralelamente no se hubieran arbitrado los medios adecuados para exigir la observancia de aquéllas. Por ello, las previsiones constitucionales se complementan con los diversos instrumentos mediante los que pueden hacerse valer dichas garantías.

Antes que nada, conviene destacar el hecho de que, cuando se promulga la Constitución española de 1978, nuestros Códigos procesales están a punto de alcanzar su centenario, meta que en este momento ya han rebasado con creces. Pudiera pensarse que los principios constitucionales estaban condenados a quedar larvados hasta tanto fueran objeto de desarrollo legislativo. Sin embargo, no ha sido así. Por un lado, el propio artículo 53,3 de la Constitución dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (—donde se incluyen las garantías—) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Aquí se encuentra ya una especial referencia a su aplicación directa por los Tribunales. Por otro lado, aunque el propio texto constitucional añade: «Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», ello no posterga en ningún caso la obligatoriedad de su aplicación directa, tal como ha señalado ya el Tribunal Constitucional, reiteradamente: «La Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (artículos 9,1 y 117,1 C). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes,

en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.»

como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (art. 53,1 C), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el artículo 24» (51).

Por otro lado, y refiriéndose expresamente a la indefensión como resultado no querido por la Constitución y a la forma preventiva de tratarla, ha señalado el Tribunal Constitucional: «Para ello basta aplicar el principio de interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución, en su calidad de norma superior (sentencia de este Tribunal de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 186/1980), en virtud del cual todo el ordenamiento ha de ser interpretado de forma que se evite el resultado prohibido por el artículo 24,1 de la Constitución» (52).

Específicamente, los medios establecidos por la ley para tutelar las garantías constitucionales del proceso son las siguientes:

a) El ciudadano tiene a su alcance el *recurso de amparo constitucional* (art. 53,2 C), establecido para tutelar, en general, todos los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución. Tratándose de las garantías del proceso recogidas en el artículo 24 de la Constitución, el recurso denunciaría el acto o la omisión de un órgano judicial que tenga como consecuencia inmediata la violación de dichas garantías. El recurso se interpone directamente ante el Tribunal Constitucional por la parte objeto de agravio y tras haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44 Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). La sentencia del Tribunal Constitucional que otorga el amparo, además de reconocer la garantía fundamental de que se trate, debe restablecer al recurrente en la integridad de su derecho fundamental, adoptando las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55 LO 2/1979 de 3 de octubre) (53).

b) También los Jueces y Tribunales pueden solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la adecuación a la Constitución de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo (art. 35 LO 2/1979 de 3 de octubre). Esta *cuestión prejudicial de inconstitucionalidad* puede también recaer sobre cualquier norma procesal.

(51) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 1982 (Recurso de amparo 2/1981, B.O.E. 18 mayo 1982).

(52) Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1981 (Recurso de amparo 46/1981, B.O.E. 13 agosto 1981).

(53) Sobre el particular, vid. ampliamente ALMAGRO, *Justicia constitucional* cit., págs. 189 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal constitucional*, Madrid, 1980, págs. 277 y ss.

La cuestión sólo la puede plantear el órgano judicial una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

La sentencia que estima la inconstitucionalidad tiene el valor de cosa juzgada y vincula a todos los poderes públicos, pero no permite la revisión de las sentencias firmes, salvo en algunos casos en procesos penales y contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador (art. 40 LO 2/1979 de 3 de octubre) (54).

c) Por último, la observancia de las garantías constitucionales del proceso puede hacerse incluso valer ante instancias internacionales, porque nuestra Constitución remite la interpretación de las normas sobre derechos y libertades fundamentales a lo dispuesto en los Convenios internacionales sobre la materia. En concreto, por lo que respecta al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, nuestro país ha renovado el reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bajo condición de reciprocidad, para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de dicho Convenio que se susciten con posterioridad al 14 de octubre de 1982 (BOE de 23 octubre 1982).

(54) Además de los autores y obras citadas en la nota anterior, vid. monográficamente PÉREZ GORDO, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982.

## EL OBJETO DEL PROCESO MATRIMONIAL

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ  
Catedrático de Derecho Procesal

### SUMARIO:

I. Manifiesto desacierto de la regulación de los procesos matrimoniales. — II. Heterogeneidad del objeto del proceso matrimonial: A) Pretensiones matrimoniales; B) Pretensiones económicas; C) Pretensiones relativas a los hijos. — III. Acumulación de la pretensión matrimonial y de las pretensiones económicas: A) Acumulación inicial de las pretensiones matrimoniales y económicas; B) No planteamiento por las partes de las pretensiones económicas; C) Reserva de las pretensiones económicas para un ulterior proceso; D) Declaración de las pretensiones económicas en ejecución de sentencia; E) Acuerdo sobre la separación o divorcio y desacuerdo sobre las prestaciones económicas. — IV. Acumulación de pretensiones matrimoniales. — V. La causa de pedir y el objeto del proceso.

### I. MANIFIESTO DESACIERTO DE LA REGULACIÓN DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES

La reciente regulación de los procesos matrimoniales, y su desafortunada aplicación práctica por los Tribunales, ha demostrado, una vez más, la improcedencia de una modificación apresurada de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el carácter esencialmente técnico de las normas procesales no se aviene con cualquier improvisación. Si la intención del legislador fue evitar la problemática derivada de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil...», el fracaso legislativo es la mejor demostración de la cautela con que debe abordarse cualquier eventual modificación de nuestra centenaria ley procesal.

Un ligero repaso a las disposiciones adicionales en que se centra la reforma procesal nos demuestra los manifiestos errores del legislador:

1.—La D.A. I, regula la jurisdicción de los Tribunales españoles, y presenta la anomalía de establecer dos supuestos distintos de jurisdicción subsumibles en uno solo, el segundo y el cuarto, ya que si basta la residencia en España del demandado (causa 4.<sup>a</sup>), carece de importancia a efectos de jurisdicción que los dos tengan residencia en España (causa 2.<sup>a</sup>). La causa 2.<sup>a</sup> puede perfectamente suprimirse sin modificar el contenido de la D.A.

2.—La D.A. II, respecto de la homologación de las resoluciones canónicas, ofrece dos graves lagunas:

a) No regular la oposición posible.

b) No determinar el procedimiento «correspondiente» para impugnar el auto denegatorio del Juez.

3.—Más graves son los problemas prácticos suscitados por la D.A. III, que han determinado graves contradicciones en la práctica de los Tribunales, que analizaremos en un próximo estudio, y que podemos resumir en los siguientes puntos:

a) El mantenimiento de la cuestión de competencia por inhibitoria, cuya larga duración puede hacer inútil el proceso matrimonial. Piénsese, por ejemplo, en las causas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del art. 86 CC, que establecen la procedencia del divorcio al año de interpuesta la demanda de separación, lo que determinará que en la práctica le baste al demandante con formular su demanda improcedente ante un Juez incompetente, para colocar al demandado ante la difícil disyuntiva de consentir la incompetencia judicial o de discutirla y con ello hacer posible el éxito de la acción de divorcio del demandante fraudulento.

b) La omisión de referencia a la sumisión tácita, lo que plantea serias dudas en torno a su validez en los procesos matrimoniales, y ha originado que varios Juzgados se declaren de oficio incompetentes por razón del territorio o exijan un principio de prueba que determine el domicilio conyugal, siendo igualmente diversas las posiciones doctrinales (1).

(1) Mientras PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales*, Barcelona, 1982, pág. 179; y MONTES REYES, *El proceso matrimonial ante los Tribunales civiles*, Salamanca, 1981, pág. 45, excluyen la sumisión tácita en los procesos matrimoniales, al igual que FOSSAR BENLLOGH, *Estudios de Derecho de Familia*, tomo II: *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Barcelona, 1982, pág. 660; MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*, Barcelona, 1981, pág. 26, y sobre todo VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, 1981, pág. 123, conceden eficacia a la sumisión tácita en los procesos matrimoniales.

4.—La D.A. IV, que regula el procedimiento sobre medidas provisionales, adolece de dos graves defectos:

a) Uno de carácter formal, consistente en remitirse al procedimiento de los arts. 1.884 y 1.885 LEC, siendo así que ninguno de dichos preceptos contiene normas procedimentales, lo que en teoría significa que no existe trámite alguno para la adopción de las medidas provisionales antes de la interposición de la demanda (2), y, por consiguiente, la inviabilidad de dichas medidas.

b) Pero incluso prescindiendo de dicha incorrección formal, que por sí misma implica desprestigio del legislador, si quisiéramos corregirla estimando aplicable el procedimiento de los arts. 1.881 a 1.883 LEC, como ha entendido la mayoría de la doctrina, dichos artículos son notoriamente insuficientes para determinar las múltiples medidas del artículo 103 CC, lo que originaría una grave inseguridad jurídica, que los Jueces han intentado resolver privando de contenido el art. 104 CC, y declarando no haber lugar, salvo en los supuestos de reconocida urgencia, a la adopción de medidas provisionales previas a la demanda.

5.—La D.A. V, pese a ser una repetición prácticamente literal de la Ley de 2 marzo 1932 en la mayoría de sus reglas, incurre igualmente en una serie de defectos de los que señalaremos únicamente los más importantes:

a) Ignora en primer lugar la recomendación del art. 120 de la Constitución, que prevé que «el procedimiento será predominantemente oral», al remitirse al procedimiento incidental cuya única actuación oral, la vista, tiene carácter eventual (art. 756 LEC). El olvido es grave si tenemos en cuenta la naturaleza de los procesos matrimoniales que exigirían la presencia del Juez en la práctica de las pruebas, lo que normalmente no ocurre. Paradójicamente, en Barcelona, donde se han creado Juzgados especializados en asuntos de familia, estos Juzgados son los menos accesibles para los contactos entre Juzgador y justiciable, dictándose normalmente sentencia sin que el Juzgador haya tenido a su presencia a las partes o a sus abogados.

b) La remisión genérica al procedimiento incidental, si tiene la ventaja de incorporar en bloque una serie de preceptos tradicionales de la ley procesal, tiene también el inconveniente de que dichos preceptos fueron pensados esencialmente para resolver cuestiones surgidas en el transcurso del proceso. De ahí algunos preceptos, como los arts. 750 y 754 LEC, que deberían estimarse inaplica-

(2) En este sentido se pronuncia MONTES REYES, *El proceso matrimonial*, cit., pág. 224.

bles a los procesos matrimoniales. Pese a ello la falta de previsión legal puede determinar verdaderas indefensiones, como las derivadas del «olvido» por el demandante de la solicitud de prueba por «otrosí» del escrito de demanda (art. 750 LEC); o la denegación del término extraordinario de prueba en aquellos procesos en que alguna de las partes reside en el extranjero (art. 754 LEC).

c) Sorprende igualmente la supresión del acto de conciliación previo, en el que el Juez podría intentar la conciliación de los cónyuges o al menos limar asperezas en torno a los términos del convenio regulador, conciliación prevista en el Real Decreto 28 noviembre 1972, y en las legislaciones francesa e italiana, que incluso prevén que el Juez mantenga una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges (art. 252 de la ley francesa).

d) Ninguna regulación se contiene respecto a la valoración de las pruebas legales, particularmente en lo que respecta a la confesión judicial, lo que puede ofrecer dudas en torno a su valor como prueba legal, pese a lo establecido por el art. 1.232 CC.

e) No se efectúa la menor referencia a la tramitación de la apelación, lo que en la práctica ha suscitado problemas sobre la competencia de la Audiencia Territorial o de la Provincial (3).

f) Por último, no aparece justificada la supresión del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, único que permitiría una uniformidad de la jurisprudencia, siendo desacertada incluso gramaticalmente la regla j) al establecer que «el recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley».

6.— La D.A. VI constituye por sí sola el mejor ejemplo de la falta de madurez legislativa del legislador, que ha querido crear, en forma consensuada, un procedimiento nuevo realmente incomprensible tanto formal como sustancialmente:

a) Sorprende, en primer lugar, la inútil reiteración de preceptos legales idénticos:

a') Las reglas 9.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> repiten la intervención de Abogado y Procurador.

b') Las reglas 8.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> hacen referencia idéntica a la variación de circunstancias, con la particularidad de que la legitimación al Ministerio Fiscal de la regla 11.<sup>a</sup>, ya estaba contenida en la regla 6.<sup>a</sup>, y se repite en la D.A. VIII.

c') La remisión al procedimiento incidental como supletorio se contiene por triplicado en las reglas 9.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup>, con la circuns-

(3) SAURA, *En torno a las normas procesales de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Dudas e incertidumbres*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», 1981, 4, pág. 29.

tancia agravante de que dicho procedimiento es totalmente inaplicable a la D.A. VI. En cambio se omite la referencia como supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En realidad, la D.A. VI debería terminar en la regla 10.<sup>a</sup>. Pero ante la precipitación con que fue aprobada la ley por el Congreso de los Diputados, con posterioridad a su devolución y modificación por el Senado, no se dio cuenta el legislador de que el texto sometido a su consideración contenía los textos de la primitiva aprobación por el Congreso y de la ulterior aprobación por el Senado, aprobando conjuntamente ambos textos y situándolos unos tras otros. Difícilmente puede darse un ejemplo mayor de impericia legislativa.

b) La introducción por el Senado del apartado cuarto de la regla tercera, permitiendo la práctica en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (4) de medios de prueba, pese a no existir afirmaciones contrapuestas de las partes que acreditar, ha conducido no sólo a una gran desorientación doctrinal, sino incluso a la posible introducción de un divorcio por mutuo acuerdo discrecionalmente por el Juzgador.

c) El establecimiento de dos trámites distintos, antes y después de la sentencia (Reglas 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>), para introducir modificaciones al convenio a instancia del Juez, constituye una adopción cumulativa de soluciones técnicas incompatibles y electivas. Lo lógico sería que si el Juez tiene objeciones que formular al convenio las propusiera con anterioridad a la sentencia, y no una vez dictada ésta.

d) El problema más grave, que analizaremos con mayor detenimiento en el presente estudio, es el relativo al contenido del auto que debe dictar el Juez con posterioridad a la sentencia que declare la separación o el divorcio, y pese a lo cual no apruebe el convenio. Si las partes no proponen convenio, o éste no es aprobado por el Juez, la ley establece que «dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo *procedente*», pero olvida establecer el contenido de la resolución judicial, que tanto puede ser la de dejar sin efecto la

(4) La doctrina está muy dividida al respecto. Para VEGA SALA, *Síntesis...*, cit., pág. 175, estamos ante un proceso de jurisdicción voluntaria; para PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales...*, cit., pág. 292, constituye un verdadero proceso jurisdiccional contencioso. Significativas de la desorientación creada por el legislador son las opiniones de FOSSAR BENLLOCH, *Estudios...*, cit., págs. 709 y ss., para quien si en principio nos encontramos ante un acto de jurisdicción voluntaria, concluye en su naturaleza contenciosa «sui generis», ya que «sería disparatado considerar voluntario un procedimiento cuyas disposiciones supletorias se han de tomar de un procedimiento contencioso», sin parar mientes en que el «disparate» es imputable al legislador; y de ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1982, pág. 581, para quien las Cortes crearon un «híbrido de proceso contencioso y voluntario».

sentencia de separación o divorcio —solución técnicamente preferible, como analizaremos más adelante—, o mantener la separación o el divorcio pero partiendo de un convenio distinto al propuesto por las partes.

e) No se establece ni procedimiento ni órgano adecuado para sustanciar la apelación.

f) La regla 8.<sup>a</sup> permite la modificación del convenio «por el mismo procedimiento seguido por su adopción». Habida cuenta que dicho procedimiento consistió en la ausencia de procedimiento: «mutuo acuerdo de las partes», existe una laguna legal de imposible solución.

g) Por último, la mención del carácter supletorio de los arts. 741 a 761 LEC, es doblemente incorrecta: primero, por no ser aplicables los arts. 741 a 748 LEC; y segundo, por omitir la necesaria aplicación supletoria de los restantes preceptos de la ley procesal.

7.— La D.A. VII es la única no merecedora de críticas, ya que se trata de un precepto en blanco que se limita a remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

8.— Por último, la D.A. VIII ofrece serios reparos doctrinales y prácticos:

a) No es cierto que el Ministerio Fiscal intervenga como parte cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados y ausentes, ya que su actuación es más bien la de representante (5); y tampoco es cierto que sólo intervenga en dichos supuestos, ya que también debe efectuarlo en los procesos sobre nulidad de matrimonio (6).

b) Un curioso problema, planteado ya en la anterior Ley de 1932, cuyo art. 48 constituye el precedente de la D.A. VIII, lo determina el supuesto de que el cónyuge menor de edad comparezca con su propio representante, en cuyo caso existirá una doble representación legal en una única parte.

c) Por último, la reducción del cincuenta por ciento de la tasa judicial, sobre ser relativamente insignificante en relación con el total de costas judiciales, no está plenamente justificada (7).

(5) Ver sobre el particular nuestro trabajo *El Ministerio Fiscal*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1979, 3-4, págs. 671 y ss.

(6) La cuestión no está resuelta en la nueva Ley, pero como mínimo el Ministerio Fiscal es parte activa en determinadas acciones de nulidad (art. 74), independientemente de la menor edad o incapacidad de los cónyuges o de sus hijos.

(7) Con acierto señala ENTRENA KLETT, *Matrimonio...*, cit., pág. 603, que más justificada estaría la reducción en otros supuestos en los que el peso de las tasas judiciales impide el acceso a los Tribunales, como ocurre en materia de procesos concursales.

No hemos querido agotar el estudio de las deficiencias de la ley, sino simplemente enumerar aquellas más importantes e injustificables que resultan de la lectura de las Disposiciones Adicionales. Prescindimos a conciencia de otras imprecisiones que resultan del texto de la ley, como la remisión al art. 954 LEC para la eficacia de las sentencias extranjeras (art. 107 CC), y eclesiásticas (art. 80 CC), que impedirá en la práctica el reconocimiento de dichas sentencias en procesos seguidos en rebeldía; el desconocimiento entre los planos sustantivo y procesal probatorio que resulta de los arts. 82, 5.º, y 87 CC (8); la utilización impropia de presunciones en los arts. 69 y 79 CC (9); y la existencia de un buen número de preceptos suprimidos y sin contenido (10). Únicamente pretendíamos antes de iniciar el presente estudio poner de relieve que en pocos casos como en el presente la labor legislativa, en lugar de servir de ayuda a la construcción doctrinal, constituye un serio obstáculo para la hermenéutica y en definitiva impedirá en buen número de casos la correcta aplicación de las normas.

No debe extrañar, por consiguiente, que no contenga la ley precepto alguno que haga referencia al objeto del proceso matrimonial, y que la problemática que abordaremos a continuación, pese a su importancia práctica, no haya sido considerada por el legislador, quien en los escasos artículos en que marginalmente considera el problema, lo resuelve con normas contradictorias o de imposible aplicación práctica, cual la del artículo 91 del Código Civil que analizamos a continuación.

## II. HETEROGENEIDAD DEL OBJETO DEL PROCESO MATRIMONIAL

De conformidad con el art. 91 CC «en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en de-

(8) Particularmente notable es la redacción del art. 87 CC, que junto al presupuesto sustancial, establece un nuevo presupuesto probatorio: «y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio»; como si sin previa acreditación probatoria pudiera el Juez apreciar la existencia de un presupuesto material, ignorando que la prueba es el equivalente procesal de los hechos.

(9) Tanto la presunción de convivencia como la de buena fe no son presunciones en sentido técnico, al faltarles una afirmación base de que resulte la presunción, sino simples reglas sobre carga de la prueba. Ver al respecto, nuestras *Normas de presunción en el Código Civil*, Barcelona, 1963, págs. 115 y ss.

(10) Así ocurre con los arts. 72 y 77 CC, sin contenido por no conseguir un consenso legislativo en la discusión de la ley. Una mínima elegancia o corrección de estilo habría colmado dichas lagunas, que son clara muestra de precipitación legislativa.

fecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cauteles o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

De dicho artículo resultan tres distintos contenidos de la sentencia matrimonial y consecuentemente tres diversos grupos de pretensiones a formular en dichos procesos:

a) En primer lugar, la pretensión matrimonial, que constituye la pretensión principal del proceso, que justifica el mismo proceso matrimonial, sin la cual no puede seguirse este proceso especial. Puede compararse con la pretensión punitiva en el proceso penal, en relación con las restantes pretensiones, accesorias y subordinadas.

b) Las pretensiones de carácter económico, tales como la atribución de la vivienda familiar, la contribución a las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico, y la pensión compensatoria, que tiene un carácter subordinado respecto de la anterior pretensión principal, y son, en cierto sentido, equivalentes a la pretensión de resarcimiento del proceso penal, ya que únicamente pueden actuarse de dictarse sentencia estimatoria de la demanda.

c) Un último capítulo podemos formar con las pretensiones relativas a los hijos, que ofrecen aspectos peculiares, tanto por estar ausentes los hijos del proceso, cuanto por hallarse representados por el Ministerio Fiscal, y por la posibilidad de que el Juez resuelva en contradicción con las peticiones de las partes (arts. 92 y 103, 1.º CC).

El Código Civil no distingue con la precisión suficiente dichas tres distintas pretensiones, que constituyen en realidad el objeto del proceso matrimonial, pero que son totalmente distintas entre sí, respondiendo a principios diversos y reclamando soluciones igualmente dispares. Pero es que ni siquiera dentro de la pretensión principal se puede hablar de homogeneidad de pretensiones, ya que son cuatro los contenidos posibles de la pretensión matrimonial. Ello nos obliga a estudiar por separado cada uno de los anteriores grupos.

#### A) *Pretensiones matrimoniales.*

Pueden tener cuatro contenidos diversos, tres de ellos relativamente sencillos, y uno, el de divorcio, que por su novedad y falta de claridad legislativa, plantea problemas realmente insolubles:

1.ª Acción de nulidad del matrimonio por las causas 1.ª, 2.ª y 3.ª del art. 73 CC. — Constituye un claro supuesto de proceso civil inqui-

sitivo, totalmente indisponible por las partes, con intervención necesaria del Ministerio Fiscal, que puede suplir la inactividad de las partes, estando por consiguiente prohibidos todos los actos dispositivos.

2.ª Acción de nulidad de matrimonio por las causas 4.ª y 5.ª del art. 73 CC. — Podría discutirse el carácter inquisitivo del proceso, ya que según el art. 76 CC únicamente el cónyuge que ha sufrido el error, la coacción o el miedo grave puede ejercitar la acción de nulidad, acción que caduca por la convivencia de los cónyuges transcurrido un año después de desvanecido el error o cesada la fuerza o la causa del miedo. Por otra parte, según la poco meditada D.A. VIII, el Ministerio Fiscal no es parte en dichos procesos (11), pese a que por regla general sea parte en todos los procesos inquisitivos. Estimamos, no obstante, que pese a todo ello dichos procesos tienen naturaleza inquisitiva, ya que el allanamiento del demandado no vincula al Juez, quien puede valorar libremente los resultados de la actividad probatoria de las partes, siendo nulos los acuerdos de las partes en orden al reconocimiento de la nulidad del matrimonio; no obstante lo cual producen pleno efecto los acuerdos de las partes tendentes a reconocer la validez del matrimonio, al corresponder a las partes la iniciativa de la proposición del proceso.

3.ª Acción de separación del matrimonio. — De conformidad con el art. 81, 1.º CC tiene un carácter netamente dispositivo, siempre que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. Si los cónyuges pueden separarse de mutuo acuerdo y éste vincula al Juez, se comprende que incluso de no existir acuerdo inicial, el acuerdo acaecido en cualquier etapa procesal determine el cambio del procedimiento (D.A. IV, k), y vincule al Juez a dictar sentencia en el sentido interesado por las partes. Tanto la renuncia, como el allanamiento, como el desistimiento, vinculan plenamente al Juez.

4.ª Acción de divorcio. — Las dificultades para determinar los principios por los que debe tramitarse esta acción son realmente insolubles, y derivan de la imprecisión legislativa buscada de propósito. Si existe el divorcio por mutuo acuerdo, la acción de divorcio tiene carácter dispositivo. Si no se admite el divorcio por mutuo acuerdo, la acción es indisponible para las partes.

Para resolver esta cuestión tenemos dos preceptos radicalmente opuestos:

a) A tenor del art. 86 CC, el divorcio tiene carácter causal, ob-

(11) Ya hemos indicado en nota 5, que el Ministerio Fiscal únicamente intervendrá de existir hijos menores o incapacitados o ausentes, o hallarse alguno de los cónyuges en dicha situación; pero no como defensor del vínculo, y tampoco como verdadera parte, sino más bien como representante.

jetivo, independiente de la voluntad de los interesados. Las cuatro primeras causas de divorcio exigen el transcurso de un tiempo más o menos largo de cese de la convivencia conyugal. Y la quinta causa parte de una sentencia penal, como tal indisponible. A primera vista podría concluirse que siendo el tiempo y la sentencia penal independientes de la voluntad de los interesados, el proceso de divorcio es enteramente indisponible.

b) Las cosas se complican no obstante por la existencia de la de la disposición adicional VI, que concede eficacia a las peticiones de divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, lo que parece introducir un elemento dispositivo incluso dentro del juicio de divorcio, ya que el legislador concede eficacia a la petición concorde de ambas partes. No podemos entrar en este momento en el análisis de los múltiples problemas dogmáticos que plantea dicha D.A. VI, que en definitiva traslada a un terreno procesal impropio una cuestión material que el legislador no se atrevió a resolver: la eficacia del mutuo acuerdo para la consecución del divorcio. Para la decisión del problema planteado nos bastará con considerar:

a') Si se estima que la D.A. VI constituye un expediente de jurisdicción voluntaria simplificado en el que la falta de contienda entre las partes no impide que el Juez examine la concurrencia de los presupuestos objetivos de la norma, presupuestos que deben reflejarse precisamente en forma documental fehaciente, lo que facilita la simplificación del procedimiento, el mutuo acuerdo de las partes no opera tanto en lo relativo a la obtención del divorcio, como en la elección del procedimiento. Al no existir contraposición de intereses en orden a la consecuencia jurídica, ser los presupuestos objetivos del divorcio fácilmente demostrables mediante documentos, y estar excluida la discusión sobre los aspectos económicos del divorcio, se facilita la labor de enjuiciamiento del Juez, que puede, no obstante, estimar insuficientes los documentos presentados para demostrar la existencia de la causa de divorcio y desestimar éste pese al acuerdo de los interesados. Desde esta perspectiva la D.A. VI no impedirá el carácter indisponible del proceso de divorcio (12).

(12) Al igual que ocurre en el proceso de divorcio italiano, en el cual, sin embargo, de conformidad con los arts. 1 y 2 de la Ley 1 diciembre 1970, las facultades discrecionales del Juez aumentan hasta el punto de poder declarar el divorcio únicamente «si la comunión espiritual o material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstruida por existencia de una de las causas previstas por el art. 3», lo que ha llevado a un importante sector doctrinal y a la jurisprudencia a considerar que el Juez puede denegar el divorcio, pese a la concurrencia de las causas legales, si estima factible la reconstrucción del matrimonio. Ver VOCINO, *Intorno allo oggetto e alcuni aspetti del pro-*

b') No obstante, dicha clara orientación se vio perjudicada mediante la adición por el Senado del segundo párrafo del apartado quinto de la regla tercera de dicha D.A. VI: «Cuando los cónyuges no aporten los citados documentos, se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho, que deberá practicarse en el plazo improrrogable de diez días». Prescindiendo de la anomalía de que se celebre prueba en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sin establecer procedimiento alguno para su proposición, admisión ni práctica; lo cierto es que dicho precepto permite en la práctica convertir en disponible el divorcio causal. Ya que bastará con interpretar dicho precepto en sentido amplio como por lo demás está haciendo la mayoría de la doctrina (13), para permitir que el transcurso objetivo del tiempo sea demostrado mediante confesión en juicio o mediante testigos, con lo cual se posibilita la falsificación procesal de la institución probatoria. Se comprende fácilmente que si la prueba tiende a acreditar la correspondencia con la realidad de las afirmaciones contrapuestas de las partes (14), por lo que sobre los hechos admitidos resulta improcedente (art. 565 LEC), no cabe la práctica de pruebas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria en que ambas partes están conformes. Por lo que, de interpretarse en sentido amplio el citado párrafo, deberíamos concluir que en nuestro derecho positivo existe el divorcio por mutuo acuerdo y que por consiguiente los negocios dispositivos de las partes vinculan al Juez. Otro argumento al respecto lo constituye la regla k) de la D.A. V: si las partes, mediando acuerdo entre ellas, pueden conseguir el cambio de procedimiento, ello significa que el acuerdo de las partes tiene influencia en el procedimiento y por tanto que el proceso de divorcio tiene carácter dispositivo (15).

c') No obstante, entendemos que la única interpretación admisible de la regla 3.ª, 5.ª, 2.ª de la D.A. VI, es la de que los «medios

*cesso di divorcio*, en «Studi in onore di Pietro Agostino D'AVACK», Milán, 1976, págs. 653 y ss.

(13) ASÍ ENTRENA KLETT, *Matrimonio...*, cit., pág. 588; MONTES REYES, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 169; y FOSSAR BENLLOCH, *Estudios...*, cit., pág. 724, quien incluso admite la confesión extrajudicial para probar la infidelidad y el reconocimiento de documentos privados; en contra PÉREZ GORDO, *El juicio matrimonial*, cit., pág. 303, restringe la proposición de prueba únicamente para la causa cuarta del art. 86 CC.

(14) SERRA DOMÍNGUEZ, *Contribución al estudio de la prueba*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, págs. 359 ss.; y en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XVI, 2.º, Madrid, 1981, págs. 10 y ss.

(15) El argumento por sí solo no es concluyente, ya que igual ocurre en el proceso penal con la conformidad del imputado con la calificación que implica únicamente un cambio de procedimiento, al simplificarse los extremos a decidir, pero no vincula al Tribunal sentenciador.

de prueba» a que alude pueden ser únicamente los documentales que no estén a disposición de los interesados, requiriéndose auxilio judicial para su aportación a los autos. En efecto, para acreditar la sentencia penal es indispensable la aportación de la propia sentencia por testimonio judicial (art. 86, 5.º LEC). Y para las restantes causas de divorcio hay que acreditar en forma indiscutible el transcurso del tiempo, lo que sólo puede tener lugar bien mediante documento público (art. 1.218 CC), bien mediante un documento privado incorporado a un Registro público o entregado a un funcionario público, o desde la muerte de cualquiera de los firmantes (artículo 1.227 CC). Los restantes medios de prueba son ineficaces para acreditar la fecha en la que se inició el cese de la convivencia conyugal. Prescindiendo del reconocimiento judicial y del dictamen pericial, manifiestamente inadecuados; restan como medios de prueba únicamente la confesión en juicio y la prueba testifical. La primera está desprovista de eficacia, al no existir contienda entre los interesados, lo que desvirtúa el fundamento probatorio de la confesión «contra se» (16); y la prueba testifical, sobre ser inadecuada para acreditar el transcurso del tiempo con la precisión requerida, conduciría en la práctica a la absoluta desnaturalización del divorcio (17). Si consideramos necesaria siempre la aportación documental, bien junto al escrito de solicitud, bien con posterioridad en méritos de requerimiento judicial en fase probatoria, podemos concluir en el carácter indisponible del proceso de divorcio. Pero de admitirse cualquier otro medio de prueba la conclusión podría derivar fácilmente en el carácter disponible del proceso de divorcio.

#### B) *Pretensiones económicas.*

Afectan exclusivamente a la esfera personal de los interesados, y por consiguiente se rigen por reglas de derecho privado y son esencialmente disponibles. En este sentido el art. 90 CC establece que «los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Las dos limitaciones del precepto

(16) Para la apreciación del fundamento del valor probatorio de la confesión, ver nuestra exégesis del art. 1.232 CC en *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 261 y ss.

(17) Se comprende que si la doctrina ha llegado a censurar la admisión de la prueba testifical como diligencia para mejor proveer (CABALLERO GEA, *La Ley del divorcio*, Pamplona, 1982, pág. 437) atendido «lo que en la práctica es la prueba de testigos»; la admisión de la prueba testifical en la D.A. VI conduciría en la práctica al divorcio por mutuo acuerdo.

son en cierto sentido lógicas, sobre todo la primera. Los hijos no son parte en el proceso matrimonial y por consiguiente no pueden resultar perjudicados por las convenciones de los cónyuges. La segunda, en cambio, ofrece graves dificultades de aplicación práctica, y debe reconducirse al criterio discrecional del Juez, que sólo puede aplicarla de ser «gravemente perjudicial», y que normalmente debe seguir los criterios de los interesados sobre el particular.

El carácter dispositivo de las pretensiones económicas, determina la validez de todos los negocios dispositivos de las partes al respecto. Podrán adoptarse dichos acuerdos procesal o extraprocesalmente, aun cuando esta última cuestión sea dudosa por el contenido del art. 91 CC, que examinaremos en un próximo apartado. Las partes podrán libremente renunciar, allanarse, desistir, e incluso transigir o comprometer en árbitros sobre dichas cuestiones. La cuestión no es dudosa en lo que respecta a la liquidación de los bienes del matrimonio, en cuya liquidación pueden plantearse cuestiones complejísticas que pueden ser resueltas con mayor facilidad por árbitros que por los Tribunales jurisdiccionales, sobre todo habida cuenta la inidoneidad del procedimiento incidental para su discusión. Pero estimamos que no existe inconveniente en que la fijación de la pensión compensatoria y el uso de la vivienda conyugal sean sometidos al juicio arbitral.

#### C) *Pretensiones relativas a los hijos.*

Presentan notas peculiares que hacen difícil su ratificación como cuestiones dispositivas o inquisitivas, y que obligan forzosamente a convertir en indisponible todo lo relativo a la custodia y régimen de visitas de los hijos por los siguientes motivos:

a) Los hijos no son parte en el proceso matrimonial, y ni siquiera pueden intervenir en el mismo como intervinientes adhesivos, ya que en definitiva sea cual fuere la decisión del proceso no va a alterar su filiación respecto de los litigantes (18).

b) Por consiguiente no pueden defenderse en el proceso matrimonial de las pretensiones que les afecten, pretensiones que al no entrar dentro de la esfera de los cónyuges litigantes, deben juzgarse indisponibles.

c) No debe extrañar, por tanto, que ante la ausencia de los hijos en el proceso, y el posible perjuicio que puede derivarse de la sentencia, intervenga el Ministerio Fiscal en el proceso en su condición de representante de dichos hijos menores y para evitarles dicho eventual perjuicio (D.A. VIII).

(18) En igual sentido VOCINO, *Intorno allo oggetto...*, cit., pág. 690.

d) En el mismo sentido prevé el art. 92 CC que «las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de catorce años», pudiendo acordarse «la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello», lo que implica una decisión perjudicial para ambas partes litigantes.

La consecuencia es clara: El Juez no viene en absoluto vinculado por las pretensiones de los cónyuges en torno a sus hijos, pudiendo resolver sobre la situación de tales hijos en la forma que estime conveniente, sin necesidad de ajustarse al principio de congruencia típico del proceso civil.

### III. ACUMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN MATRIMONIAL Y DE LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS

De no existir precepto expreso resulta evidente que la pretensión patrimonial y las pretensiones económicas, al obedecer a principios diversos y deber resolverse por distintos procedimientos, no serían acumulables de conformidad con el art. 154, 3.º LEC. No obstante, el art. 91 CC no sólo permite dicha acumulación, sino que además la convierte aparentemente en obligatoria, lo que plantea en la práctica varios problemas no contemplados por el legislador, y alguno de ellos de imposible solución. Vamos a estudiar las diversas hipótesis distinguiendo según las partes hayan planteado en la demanda las pretensiones económicas, hayan silenciado dichos particulares, o simplemente las dejen para ejecución de sentencia:

#### A) *Acumulación inicial de las pretensiones matrimoniales y económicas.*

Si la sentencia debe examinar tanto los problemas relativos a la existencia, subsistencia o permanencia del vínculo matrimonial, como los posibles efectos económicos derivados de su inexistencia, disolución o suspensión, se comprende que la demanda que se formule debe contener expresa petición sobre todos y cada uno de los extremos que integran la pretensión matrimonial, las pretensiones económicas del art. 90 CC, y las relativas a los hijos.

De plantearse en la demanda todas dichas cuestiones, tendrán un tratamiento conjunto a lo largo del proceso y deberán ser objeto de especial pronunciamiento en la sentencia que se dicte. Poco importa que las medidas económicas hayan sido solicitadas en pieza separada como medidas provisionales de conformidad con los ar-

tículos 103 y 104 LEC. La formulación de dichas medidas provisionales, pese a la errónea redacción del art. 103 LEC, es facultativa de los interesados, y en todo caso está supeditada a la decisión final que se dicte en el proceso, respecto de la que, en cierto sentido y con varias matizaciones que no podemos efectuar en este momento (19), reviste naturaleza cautelar. Por consiguiente es en el proceso principal donde, al lado de la pretensión matrimonial, deben alegarse y probarse los hechos que justifiquen la pretensión económica y razonarse su fundamentación jurídica.

Evidentemente dichas cuestiones económicas pueden ser planteadas tanto por el demandante, en su demanda, cuanto por el demandado, en su contestación a la demanda formulando en este caso reconvencción, y únicamente serán analizadas en el supuesto de darse lugar a la pretensión matrimonial, por cuyo motivo pueden estimarse siempre formuladas en forma subsidiaria y subordinada a la estimación de dicha pretensión, guardando una estrecha similitud con las pretensiones punitiva y de resarcimiento del proceso penal.

Por dicho motivo estimamos también que el Juez debe resolver dichas cuestiones económicas en estricta congruencia con lo solicitado por las partes, sin que pueda modificar ni cualitativa ni cuantitativamente las pretensiones formuladas por éstos. Esta conclusión parece evidente en el procedimiento contencioso, pero puede ser objetada legalmente en el procedimiento de mutuo acuerdo de la D.A. VI, lo que exige un más completo desarrollo:

a) Respecto del proceso contencioso, podría aducirse el contenido del art. 90 CC, que al permitir al Juez discrepar de los acuerdos de las partes en cuanto sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, constituirá una seria objeción a la vigencia del principio de congruencia respecto de las pretensiones económicas formuladas en los procesos matrimoniales. Por nuestra parte estimamos que la objeción se desvanece si tenemos en cuenta que el Juez podrá no aprobar los pactos celebrados entre los interesados, pero la ley no le faculta para sustituir los pedimentos de las partes por unos pedimentos distintos. Si excepcionalmente el Juez estima que la posición adoptada por cualquiera de las partes en el proceso es gravemente perjudicial a sus propios intereses, podrá dejar de pronunciarse sobre dicho punto, pero en forma alguna conceder más de lo pedido por alguna de las partes. Máxime habida cuenta que en tal caso, al pronunciarse el Juez sin previo contradictorio entre las partes, podría causarles notoria indefensión, con infracción del ar-

(19) SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, págs. 51 y ss., y págs. 132 y ss.

título 24 de la Constitución, y al propio tiempo, al desconocer la estructura dialéctica del proceso, incidir en manifiestos errores.

El principio de congruencia no afecta, por lo antes expuesto, a las pretensiones relacionadas con los hijos, que podrán libremente ser resueltas por el Juez en la forma que estime más beneficiosa para los intereses de éstos, prescindiendo de las posturas adoptadas por los litigantes en el proceso, ya que dichas posiciones afectaban a terceras personas no litigantes.

b) En el proceso voluntario de la D.A. VI, la cuestión se complica aparentemente habida cuenta las reglas 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, que han sido diversamente interpretadas por los Tribunales y por la doctrina:

a') Para un sector doctrinal (20) el Juez puede discrepar de los términos del convenio regulador, en cuyo caso bien con anterioridad a la sentencia (regla 6.<sup>a</sup>), bien con posterioridad a la misma (regla 7.<sup>a</sup>), dará traslado a las partes para que propongan nuevo convenio o propongan prueba, y evacuado el traslado dictará la resolución que estime oportuna, pudiendo alterar el convenio regulador en los términos que estime conveniente.

b') En cambio, para otro importante sector doctrinal (21) habida cuenta que la existencia de un convenio regulador es un presupuesto inexcusable para la aplicación de la D.A. VI, de forma tal que la falta de acuerdo de los interesados obliga a acudir al procedimiento contencioso, el acuerdo de las partes debe estimarse condicionado por los términos del convenio regulador, de forma tal que el Juez no puede modificarlo, debiendo dictar sentencia desestimatoria del divorcio de no convenir las partes en la modificación del convenio regulador.

Por nuestra parte no dudamos en adherirnos a esta última orientación. La justificación del procedimiento de mutuo acuerdo estriba precisamente en la conformidad de las partes sobre todos los puntos litigiosos que permite resolver el proceso sin previo debate. La conformidad es global, y no puede dividirse. Si las partes han con-

(20) ENTRENA KLETT, *Matrimonio...*, cit., pág. 595; superando anteriores contradicciones, págs. 592 y 594; y FOSSAR BENLLOCH, *Estudios...*, cit., pág. 735.

(21) MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 114, entiende que mientras no se haya decidido sobre el convenio la sentencia de separación o divorcio habrá de quedar en suspenso; añadiendo que «si no se aprueba el convenio debe entenderse que dicha separación o divorcio no pueden prosperar». Análogamente VALLADARES, *Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1982, pág. 417, estima que la falta de acuerdo sobre el convenio propuesto por el Juez impide que se produzca la separación o el divorcio, ya que «la separación o divorcio no podrán seguir sustanciándose por el procedimiento de mutuo acuerdo, pues la especialidad del mismo radica en el hecho de que al consentir ambos cónyuges, no sólo la separación, sino también sus consecuencias, la labor del Juez se encuentra enormemente facilitada».

sentido en acudir a la D.A. VI ha sido precisamente por los términos del convenio regulador. La alteración de cualquiera de los puntos del convenio requiere la conformidad de los interesados. A falta de esta conformidad el procedimiento era inadmisibile y por consiguiente la sentencia debe ser desestimatoria por inadecuación de procedimiento, que no impedirá a las partes acudir al proceso contencioso para que, con las mayores garantías derivadas de la forma dialéctica del proceso, pueda resolverse sobre la existencia de las causas de divorcio y sobre los puntos del convenio.

Los anteriores razonamientos nos confirman en la poco afortunada labor legislativa en la redacción de la D.A. VI. Lo lógico es que si el Juez no estaba de acuerdo con los términos del convenio, lo manifestara así a los interesados *antes* de dictar sentencia, invitándolos a alterarlos, y de no consentir los interesados dictara Auto inadmitiendo la solicitud de mutuo acuerdo. Según la actual regulación nos encontraremos ante una hipótesis de sentencia sujeta a una condición suspensiva (22), con la incongruencia de que dicha sentencia podrá ser revocada por un Auto posterior.

En resumen: El Juez viene sujeto al principio de congruencia respecto de las pretensiones económicas deducidas en un proceso matrimonial, que únicamente deberá examinar de estimar la pretensión matrimonial principal, y sólo dentro de los límites señalados por las partes, pudiendo, si discrepa de dichos límites, dejar sin aprobación en todo o en parte las pretensiones económicas, pero sin que pueda sustituirlas al margen de las posiciones de las partes.

B) *No planteamiento por las partes de las pretensiones económicas.*

Aun cuando del texto del art. 91 CC parezca que el Juez automáticamente deba pronunciarse en todo caso sobre los extremos del art. 90 CC: «estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna», forzoso es concluir que el precepto legal peca de un manifiesto desacierto y es de imposible aplicación práctica. De hecho los Tribunales no se han pronunciado en la sentencia sobre las pretensiones económicas si éstas no han sido planteadas por las partes, limitándose a reservar la determinación de dichas cuestiones para la ejecución de sentencia.

Una sencilla observación de los diversos supuestos nos demuestra, en efecto, que:

a) El Juez debe pronunciarse en todo caso sobre la custodia de los hijos, aun cuando ninguna de las partes se lo hubiera pedido.

(22) MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*, cit., pág. 114.

La especial naturaleza antes estudiada de tales pretensiones posibilita que el Juez se pronuncie sobre las mismas incluso en defecto de una petición de los cónyuges, que en cierto sentido no pueden considerarse los únicos interesados en su adopción.

b) Para que el Juez pueda pronunciarse sobre la cuantía de los alimentos o sobre la pensión compensatoria, es indispensable que se hayan alegado y probado en el proceso las circunstancias que según el art. 146 CC o el art. 97 CC determinen la cuantía de dichos alimentos. Si las partes no han efectuado petición alguna al respecto, le faltan al Juez los elementos necesarios para poder pronunciarse sobre la cuantía de los alimentos o de la pensión, e incluso sobre su procedencia o improcedencia. Es más, la ausencia de petición de las partes al respecto implicará en la mayoría de los casos su abandono por los interesados, o al menos un reconocimiento de su improcedencia.

c) Con mayor motivo tampoco podrá pronunciarse el Juez sobre la liquidación de los bienes matrimoniales. Para poder efectuar dicho pronunciamiento es indispensable primero que el Juez conozca las capitulaciones matrimoniales; y a continuación cuales sean los bienes matrimoniales y su valor a los efectos de formación de lotes. La falta de discusión de las partes al respecto, impide un pronunciamiento expreso de la sentencia. Únicamente la disolución del régimen económico matrimonial se produce automáticamente, por expresa disposición del art. 95 CC, sin necesidad de petición ni de declaración judicial.

Resulta por tanto evidente, y así lo ha confirmado la práctica judicial, que el Juez únicamente se pronunciará sobre las pretensiones económicas de los procesos matrimoniales en los supuestos en que las partes hayan deducido expresamente dichas pretensiones en sus escritos de demanda o reconvencción.

C) *Reserva de las pretensiones económicas para un ulterior proceso.*

Siguiendo el paralelismo con la pretensión de resarcimiento en el proceso penal, cabría pensar que de la misma forma que las partes pueden reservar el ejercicio de dicha pretensión para un ulterior proceso civil (art. 112 LECr), pudieran reservar el ejercicio de las pretensiones económicas para un proceso civil ordinario posterior. La ventaja de dicha reserva consistiría en poder discutir con mayor amplitud cuestiones cuya complejidad excede los estrechos límites del procedimiento incidental, particularmente en los supuestos de liquidación de sociedades conyugales de gran envergadura, máxime

habida cuenta el carácter subordinado y aleatorio de dicha discusión en el proceso matrimonial.

Dicha posibilidad no aparece, sin embargo, contemplada en la actual ordenación del proceso matrimonial y choca con la redacción del art. 91 CC, por cuyo motivo no puede admitirse «de iure condendo», si bien «de iure condito» debería estimarse muy conveniente, para descargar al proceso matrimonial de pretensiones accesorias en cuanto a su función, pero de gran repercusión económica y extraordinaria complejidad, para las que incluso los actuales procesos declarativos ordinarios resultan en cierto sentido inadecuados.

D) *Declaración de las pretensiones económicas en ejecución de sentencia.*

Prevé igualmente el art. 91 CC que las pretensiones económicas pueden ser actuadas bien en la sentencia judicial, bien «en ejecución de las mismas», lo que plantea graves problemas doctrinales:

a) En primer lugar, las sentencias declarando la separación o el divorcio son sentencias constitutivas necesarias, y las sentencias declarando la nulidad son mero-declarativas (23). Pero tanto las sentencias constitutivas, como las mero-declarativas, no son susceptibles de ejecución (24).

b) Para que pueda procederse a la ejecución de los pronunciamientos económicos de la sentencia, es indispensable que como mínimo se señalen en la sentencia las bases por las que debe efectuarse la ejecución (arts. 359 y 360 LEC). Plantear en ejecución de sentencia cuestiones distintas a las propias de la ejecutoria, no sólo excede los límites dogmáticos de la ejecución, sino que incluso constituye una verdadera extralimitación de la ejecutoria prohibida por los artículos 949 y 1.695 LEC.

c) La única forma de dar cumplimiento al precepto legal es formular sucesivos incidentes en ejecución de sentencia, con el grave inconveniente de la inadecuación del procedimiento acelerado incidental para discutir cuestiones de gran complejidad y contenido económico, como puede ser la liquidación de la sociedad de ganan-

(23) PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales*, cit., pág. 265; FOSSAR BELLLOCH, *Estudios...*, cit., pág. 297. No podemos discutir en este momento hasta qué punto las acciones de nulidad pueden ser consideradas como verdaderas acciones constitutivas, como estima PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pág. 113, para quien la acción de nulidad, como instrumento necesario para privar a un contrato nulo de los efectos limitados que la ley le concede, no puede ser considerada acción mero declarativa. De seguir dicha orientación todas las acciones matrimoniales serían constitutivas.

(24) MONTES REYES, *El proceso matrimonial*, cit., pág. 27.

ciales cuando los cónyuges sean poseedores de grandes fortunas, con el agravante de que dichas cuestiones no tendrán acceso al Tribunal Supremo. La inadecuación del procedimiento se traducirá asimismo en posibles errores judiciales.

d) Habida cuenta a su vez la constante inflación económica, que tanto ha preocupado al legislador hasta el punto de prever la revisión en diversos artículos (25), la constante proliferación de incidentes en ejecución de sentencia determinará en la práctica que los procesos matrimoniales sean interminables, hasta el punto de que la ejecución será mucho más compleja que el propio proceso de declaración.

E) *Acuerdo sobre la separación o divorcio y desacuerdo sobre las pretensiones económicas.*

Un curioso supuesto puede producirse si las partes están de acuerdo en la pretensión matrimonial y en cambio discrepan respecto de las pretensiones económicas. Si el legislador permitiera la reserva de dichas pretensiones económicas para un ulterior proceso civil, la cuestión sería muy sencilla. Las partes acudirían al procedimiento voluntario de la D.A. VI para obtener la separación o el divorcio y efectuarían expresa reserva de acudir a un ulterior proceso civil para la determinación de las pretensiones económicas. Pero al ser obligatorio el acuerdo tanto en la pretensión matrimonial cuanto en el convenio regulador, dicha solución no es posible en nuestro derecho positivo.

Será forzoso, por tanto, acudir al proceso contencioso de la D.A. V, que se tramitará por el procedimiento incidental, y cuyo contenido versará esencialmente sobre las pretensiones económicas, habida cuenta la conformidad de las partes sobre la separación o el divorcio, conformidad que implicará que se dicte sentencia decretando la separación (art. 81, 1.º CC) por acuerdo entre las partes, y resolviendo exclusivamente las pretensiones económicas en que las partes discrepan. Se habrá seguido un proceso matrimonial para finalidades distintas de las previstas en la norma, precisamente por la inadvertencia del legislador sobre la posible reserva de la pretensión económica para otro proceso civil más adecuado.

#### IV. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES MATRIMONIALES

Normalmente se ejercitará en cada proceso matrimonial una sola de las distintas pretensiones de nulidad, divorcio o separación, pero

(25) Por ejemplo, los arts. 90, 91, 97, 100, y D.A. VI, 8, del Código Civil

es perfectamente posible que bien simultáneamente, en un mismo proceso, bien en forma sucesiva, en distintos procesos, se formulen varias de dichas pretensiones, en cuyo supuesto hay que determinar hasta qué punto es posible dicha acumulación de pretensiones y sus recíprocas interacciones.

Para ello es preciso ordenar las sucesivas pretensiones de acuerdo con la amplitud de su objeto:

a) En primer lugar la acción más ambiciosa es la relativa a la nulidad del matrimonio, ya que pretende la declaración de que el matrimonio no ha existido en ningún momento, excluyendo por consiguiente, por incompatibilidad lógica, la formulación simultánea de las restantes acciones de divorcio o de separación.

b) A continuación viene la acción de divorcio, que aun presuponiendo la existencia de un matrimonio anterior y siendo por consiguiente incompatible con la acción de nulidad, pretende obtener la disolución del matrimonio, disolución que es incompatible con la suspensión de sus efectos propia de la demanda de separación.

c) Por último, nos encontramos con la acción de separación, cuyos efectos están absorbidos por las dos anteriores acciones, lo que impide su acumulación simultánea.

Podría pensarse que la incompatibilidad lógica entre ambas acciones impide su acumulación en un solo proceso, y que el ejercicio de una sola de las acciones impide la ulterior formulación de las restantes, totalmente distintas entre sí, tanto en lo que respecta a la causa de pedir (26), al ser los hechos en que se fundan parcialmente distintos y distinta la norma invocada, como respecto de la petición que tiene un diverso alcance. No obstante, si bien es cierto que el art. 154, 1.º LEC impide la acumulación inicial y simultánea de ambas pretensiones en un único proceso (27), cabe perfectamente la acumulación inicial subsidiaria, con ciertas limitaciones (28), la acumulación simultánea sucesiva, y la formulación sucesiva de nuevas pretensiones. Estudiaremos por separado dichas tres hipótesis.

(26) No obstante, la causa de pedir de la acción de separación fundada en el art. 82, 7.º CC, es idéntica a la causa de pedir de las acciones de divorcio fundadas en las causas 3.ª, 4.ª y 5.ª del art. 86 CC. Unos mismos hechos contemplados en una misma norma jurídica pueden dar lugar, a elección del demandante, a dos consecuencias jurídicas diversas, por lo que ambas acciones se diferenciarán únicamente en el «petitum».

(27) En igual sentido PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales...*, cit., pág. 227; MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 56; y VEGA SALA, *Síntesis...*, cit., pág. 141.

(28) En igual sentido los autores citados en la nota anterior, si bien MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 56, advierte que el planteamiento subsidiario de pretensiones puede debilitar la posición de la parte.

a) El demandante puede formular en su demanda, en primer lugar, la acción de nulidad, por las causas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 73; a continuación, para el supuesto de que no se dé lugar a dicha acción, la de divorcio; y por último, y con igual subsidiariedad, la de separación. No puede en cambio acumular, ni siquiera subsidiariamente, la acción de nulidad por las causas 1.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 73, ya que ésta debe tramitarse por el procedimiento ordinario, concurriendo la causa 3.<sup>a</sup> de improcedencia de la acumulación del art. 154 LEC: «decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza». El Juez deberá examinar las diversas acciones por el orden en que han sido formuladas, y únicamente de desestimar la acción principal, podrá entrar en el examen de las subsidiarias.

b) Cabe igualmente la acumulación sucesiva derivada de la reconvencción cuyo único límite es el del procedimiento incidental (D.A. V, regla e). Curiosamente si la pretensión deducida reconvenionalmente es de mayor rango que la deducida en la demanda, el Juez en la sentencia deberá analizar primero la acción reconvenicional, y únicamente cuando ésta sea desestimada procederá al examen de la demanda principal, que en cierto sentido se convertirá en subsidiaria. Es incluso posible que la estimación de la demanda reconvenicional impida el examen de la demanda principal de menor ámbito objetivo: formulada demanda de divorcio, y reconvenida la nulidad por las causas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 73 CC, la estimación de la reconvencción impide el examen de la demanda de divorcio, falta de su presupuesto constitutivo: existencia de un matrimonio a disolver.

c) La formulación sucesiva de pretensiones matrimoniales diversas en distintos procesos, plantea interesantes problemas, cuya solución varía según la primera pretensión haya sido estimada o desestimada:

a') La sentencia estimatoria recaída en el primer proceso impide que puede formularse un proceso ulterior de menor ámbito objetivo, pero no que se formule otro proceso de mayor extensión, tal que puede incluso constituir un presupuesto prejudicial. La estimación de la pretensión de nulidad, impedirá el ejercicio posterior de la pretensión de divorcio, y ésta a su vez el de la pretensión de separación. Pero la estimación de la separación no impide el ejercicio posterior de la acción de divorcio de la que, por el contrario, constituye un presupuesto (causas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 86); y la estimación de la separación o el divorcio, no impiden la ulterior proposición de la acción de nulidad, respecto de la que conservan los cónyuges un interés legítimo, y que incluso puede ser formulada, en ciertos casos, por el Ministerio Fiscal.

b') La sentencia desestimatoria recaída en el primer proceso no impide en principio la proposición de una acción distinta. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1935 desestimó la excepción de cosa juzgada derivada de un proceso de divorcio, respecto de un ulterior proceso de separación fundado en los mismos hechos, fundándose en que el objeto era totalmente distinto. Únicamente conviene efectuar dos precisiones al respecto: ejercitada la acción de divorcio o de separación, se está afirmando implícitamente la existencia del matrimonio, por cuyo motivo quien con posterioridad solicite la inexistencia deberá justificar los motivos por los que va contra sus propios actos anteriores. Al mismo tiempo, habida cuenta la identidad de determinadas causas legales en orden a la producción de los efectos de divorcio o de separación, la sentencia que declare la inexistencia de los presupuestos fácticos comunes producirá efectos prejudiciales sobre el proceso ulterior. Tal ocurre en forma absoluta entre la causa 7.<sup>a</sup> del art. 82, y las causas 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 86, que tienen idénticos presupuestos, siendo el demandante el que elige la consecuencia jurídica, por lo que la desestimación de la primera demanda impide la formulación de una segunda demanda ejercitando la pretensión alternativa por los mismos hechos (29); y en forma parcial en la causa de divorcio 3.<sup>a</sup> b) del art. 86 CC, respecto de las causas de separación, ya que cualquier causa de separación, unida al transcurso del plazo legal de dos años, constituye causa de divorcio: desestimada la separación, no cabrá solicitar el divorcio al amparo de la causa 3.<sup>a</sup> b) del art. 86 CC; desestimado el divorcio, cabrá formular demanda de separación únicamente si la desestimación se funda en la no concurrencia del presupuesto diferencial: cese efectivo de la convivencia conyugal.

#### V. LA CAUSA DE PEDIR Y EL OBJETO DEL PROCESO

La determinación de la causa de pedir en los procesos matrimoniales no puede ser efectuada por ninguna de las teorías básicas de la sustanciación y de la individualización. La causa de pedir no viene integrada por los hechos tal como naturalísticamente vienen narrados por el demandante, ni es suficiente la invocación de la norma jurídica que prevé la nulidad, la separación o el divorcio para

(29) A la inversa, la estimación de la primera demanda de separación, implicará, prejudicialmente, la estimación de una ulterior demanda de divorcio, ya que la concurrencia de las causas de divorcio ha sido ya declarada judicialmente en el anterior proceso de separación.

entender comprendidas en el proceso todas las causas posibles determinantes de dichas consecuencias jurídicas. Para determinar la causa de pedir de los procesos matrimoniales será preciso partir de los siguientes principios:

a) De una parte, las mayores facultades del Juez en los procesos matrimoniales, que para un sector doctrinal le autorizarían incluso a resolver sobre causas distintas de las alegadas por las partes que conduzcan a las misma consecuencia jurídica (30).

b) Los graves perjuicios inherentes a una repetición de procesos matrimoniales, aconsejan ampliar al máximo el ámbito de la causa de pedir, en el sentido propugnado por el parágrafo 616 ZPO: «el actor cuya acción de divorcio o de anulación hubiera sido desestimada no podrá fundar el derecho a obtener el divorcio o anular el matrimonio en hechos ya alegados en un proceso anterior o que hubiera podido alegar en el mismo»; lo que conduce a algún autor (31) a entender que «la cosa juzgada no alcanza a los hechos ocurridos después de concluido el proceso anterior, ni tampoco a los hechos acaecidos anteriormente pero no conocidos hasta después de la conclusión de aquél».

c) En todo caso la ampliación del objeto no puede redundar en detrimento de la estructura dialéctica del proceso, permitiendo la resolución sobre hechos o circunstancias respecto de las cuales el demandado no puede adoptar posición en el transcurso del proceso, con el grave riesgo que del aumento de las facultades del Juez sin la debida contradicción previa pueda resultar perjudicada la misma corrección de la sentencia.

Partiendo de los anteriores principios estamos en condiciones de llegar a las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> La individualización de la causa de pedir no puede efectuarse exclusivamente partiendo de la consecuencia jurídica. Faltando un precepto expreso en nuestro derecho, el Juez sólo puede analizar, de entre las varias causas que permiten la separación, el divorcio o la nulidad, la causa concreta alegada por las partes en el proceso. Solicitada la separación por abandono injustificado del hogar, no cabe concederla por el cese efectivo de la convivencia conyugal durante tres años. La razón estriba en que el demandado no ha podido efectuar alegaciones ni pruebas sobre esta nueva causa de separación, que al no ser debatida en el proceso con la extensión requerida, no puede tampoco ser analizada por el Juez en la sentencia.

(30) PRIETO CASTRO, *Cosa juzgada y sentencias constitutivas*, en «Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil», Madrid, 1950, II, pág. 540; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, pág. 371.

La mera circunstancia de que dicha causa hubiera podido ser alegada por el demandante en el proceso, no significa que haya sido discutida efectivamente y por consiguiente no puede ser resuelta por el Juez sin incidir en incongruencia.

2.<sup>a</sup> Por otra parte, los hechos no pueden, por sí solos, identificar la causa de pedir. Hay que poner en relación en cada caso los hechos alegados por las partes con la norma jurídica concreta que les concede relevancia jurídica. Alegado, por ejemplo, la infidelidad conyugal con Cayo el día 27 de agosto de 1982, la demanda cubre y la sentencia puede resolver sobre cualesquiera otras infidelidades conyugales cometidas con anterioridad a la conclusión del período probatorio, tanto con Cayo, como con Ticio, como con cualquier otra persona. La razón es que el supuesto de hecho de la norma es abstracto —la infidelidad conyugal— y cubre por tanto todos los hechos concretos que encajen en el mismo, hechos que el demandante hubiera alegado de haberlos conocido y respecto de los que el demandado puede defenderse perfectamente.

3.<sup>a</sup> Como afirmábamos en otro lugar (32) con referencia a todas las acciones constitutivas, «la causa de pedir no hay que encontrarla, como ocurría en las acciones personales, en los hechos concretos aducidos en la demanda, sino más bien en los hechos abstractos reflejados en la causa legal en que la demanda se funda. La sentencia, absolviendo de una demanda de separación por adulterio cometido en una fecha determinada, no impide una ulterior demanda de separación fundada en sevicias, pero sí cualquier otra demanda de separación por adulterio, aunque estuviere fundado en un adulterio distinto, cometido con anterioridad a la litispendencia» (33).

4.<sup>a</sup> La expresión de varias causas en un único precepto legal, por ejemplo, «el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, y la conducta injuriosa o vejatoria» en el art. 82, 1.º CC, o «el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales» en el art. 82, 4.º CC, no significa que alegada una sola de dichas causas se entiendan introducidas en el proceso también las restantes (34), ya que la simple ordenación legal no altera la independencia de cada una de dichas causas. La demanda debe ser concreta y determinada, y salvo que se funde conjuntamente en varias causas legales, únicamente puede ser objeto de discusión judicial la causa alegada por el de-

(31) PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales...*, cit., pág. 266.

(32) SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 670.

(33) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, I, pág. 250, se pronuncia en igual sentido.

(34) Esta es la interpretación de MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 63.

mandante. Si se alega como causa de separación —o de divorcio (35)— el alcoholismo, no puede resolverse en el proceso sobre toxicomanía; si se alega el abandono injustificado del hogar, no puede resolverse sobre el adulterio; por la razón antes expuesta de que el demandado no ha podido defenderse ni respecto de la toxicomanía ni del adulterio, pudiendo en caso contrario ser condenado sin ser oído.

5.<sup>a</sup> A los efectos de determinar la causa legal debatida en el proceso hay que considerar básicamente los hechos aducidos en la demanda, siendo irrelevantes, en méritos del principio «iura novit curia», los errores de calificación del demandante en torno a dichos hechos. Si en los hechos se narra un adulterio y se califica como una conducta injuriosa o vejatoria, la causa de pedir estriba en el adulterio y no incurre en incongruencia el Juez que da lugar a la demanda por adulterio (36).

6.<sup>a</sup> Las anteriores consideraciones no afectan únicamente a la congruencia de la sentencia, sino también a todas las cuestiones relativas a la determinación de la causa de pedir: la modificación de la demanda, la litispendencia, la cosa juzgada y la acumulación de autos, entre otras. Formulada una demanda de separación por adulterio, no cabe en el transcurso del proceso, una vez contestada la demanda, ampliarla por alcoholismo. No constituye modificación, en cambio la alegación de un adulterio distinto al alegado en la demanda. Por el mismo motivo desestimada una demanda de separación por adulterio, es posible formular nueva demanda fundada en el abandono injustificado del hogar, pero no en un adulterio distinto cometido con anterioridad al cierre del período probatorio en el proceso anterior.

7.<sup>a</sup> Respecto de la cosa juzgada interesa resaltar la importancia del elemento temporal para la identificación de la causa de pedir (37). La sentencia únicamente cubre las causas de divorcio produci-

(35) Ya que todas las causas de separación lo son también de divorcio, siempre que se añada el cese de la convivencia conyugal durante dos años (art. 86, 3, b CC).

(36) MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*, cit., pág. 61; en torno a la irrelevancia de la calificación jurídica para identificar la causa de pedir ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 674, con amplia cita de jurisprudencia y doctrina.

(37) Con carácter general hay que destacar el importante trabajo de GUASP, *Los límites temporales de la cosa juzgada*, en «Anuario Derecho Civil», 1948, págs. 442 y ss.; en relación con la influencia del tiempo en la determinación de la causa de pedir ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., págs. 675 y ss.; y con referencia a los procesos matrimoniales, MONTES REYES, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 182.

das con anterioridad, pero no las posteriores, aunque se funden en una misma causa. Hay que hacer, no obstante, la precisión de que el elemento temporal no hay que situarlo, como en las restantes acciones, en el momento de presentación de la demanda y de la contestación (38), ya que siendo posible la alegación y prueba de hechos comprendidos en la causa legal incluso con posterioridad, es en la preclusión de dicha prueba donde hay que encontrar el momento en que dejan de producirse los efectos de cosa juzgada. Preclusión que se produce al término del período probatorio, sin que estemos baste la posibilidad de las diligencias para mejor preveer para retrasar dicho momento, sin perjuicio de que si se practican tales diligencias y se analizan en la sentencia hechos resultantes de las mismas que podrían estar cubiertos por la causa legal en que se funda la acción, sean dichas diligencias el momento en que debe cerrarse la preclusión a efectos de cosa juzgada.

(38) SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., págs. 675 y ss.; y con referencia a los procesos matrimoniales, MONTES REYES, *El proceso matrimonial...*, cit., pág. 677.

## LA PROTECCION PROCESAL DE LOS INTERESES DIFUSOS EN ESPAÑA

JOSÉ ALMAGRO NOSETE  
Catedrático de Derecho Procesal  
de la U.N.E.D.

### SUMARIO:

I. Preliminar. — II. Dificultades de la noción «intereses difusos». — III. Aproximación al concepto de «intereses difusos». — IV. La tutela procesal de los «intereses difusos». — V. Constitución española e «intereses difusos». — VI. Sobre la tutela procesal, en general, de los «intereses difusos» en el sistema español. — VIII. La acción colectiva de los comités de empresa. — VIII. Legitimación del Ministerio Fiscal en cuestiones de interés social. — IX. Función del defensor del pueblo como tutor de «intereses difusos». — X. «Acción popular» en materia de «intereses difusos». — XI. Sugerencias para constituir un sistema español procesal de tutela a los «intereses difusos». — XII. Conclusión.

### I. PRELIMINAR

La noción de «intereses difusos», más que a un concepto acabado y categorial, invoca una idea-fuerza, renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal (1).

(1) Cfr. CAPPELLETTI, *Formazioni Sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en *Rivista di Diritto processuale* (julio-septiembre 1975), página 362. En efecto, el problema se conecta inmediatamente con el acceso a la justicia de los grupos intermedios. El mismo autor, en la conferencia pronunciada con ocasión de la Asamblea general de la Sociedad de Legislación comparada (14 de marzo de 1975) con el título *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil* se refiere a las «causas político-sociales y las principales manifestaciones jurídicas de esta revolución que se presenta en to-

Tradicionalmente la tutela procesal se presta al sujeto en su calidad de titular de un derecho o interés propio. Los derechos e intereses ajenos no pueden ser gestionados —las contadas excepciones confirman la regla— por quienes no alegan su titularidad, o sea, por los extraños a la relación jurídica o situación jurídica originadora del interés. En esta distinción radica la esencia del Derecho privado.

De aquí, que esta diferencia válida en cuanto contempla al sujeto jurídico como individuo, pierda utilidad cuando se considera al sujeto como miembro de una comunidad en la que por necesidad, que obliga a la solidaridad, comparte intereses que son sociales o colectivos, es decir, intereses que al tiempo son ajenos y propios, pero siempre comunes. Algunos de estos intereses sociales o colectivos, habitualmente de entre aquellos que tienen un carácter más general que sectorial o circunscrito a grupos específicos, son seleccionados por el Estado en forma de intereses públicos. Y el Estado se constituye en gestor y garante de estos intereses (2).

La tutela procesal de los intereses públicos se desarrolla, básicamente, por medio de las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa. A tal fin se instituyen, también órganos específicos (Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado) legitimados para ejercitar activa o pasivamente el derecho a la jurisdicción en representación (el término no se emplea en sentido técnico procesal) de esos intereses. Cabe, también, que se legitime en régimen abierto (acción popular) al ciudadano para actuar en defensa de los intereses públi-

dos los países modernos bajo aspectos variables y acentos diferentes, pero con una profunda unidad de caracteres» (vide, texto en español de la conferencia en revista de la Facultad de Derecho, números 105-106, enero-junio 1977, México, D. F., pág. 73).

(2) Me ocupé por primera vez de esta materia de los «intereses difusos» en el discurso de apertura del curso 1976-77 de la Universidad Nacional de Educación a Distancia que se encuentra publicado con el título *Nuevos horizontes del derecho a la justicia* (Madrid, 1977). Decía entonces: «A poco que se investigue y medite sobre el concepto de legitimación se descubre, desde la vertiente del ejercicio de los derechos ante los Tribunales, que en él confluyen las concepciones filosóficas y políticas de un ordenamiento jurídico: La defensa de la probabilidad, la distinción entre derecho público y privado, el valor que se concede a la actuación ciudadana en la obtención de la justicia; los temores del Estado a ampliar esta participación; el control político sobre órganos como el Ministerio Fiscal; la aparición de zonas nuevas de colindancia entre lo público y lo privado; la observancia de la naturaleza autónoma e independiente del Estado, de los derechos subjetivos; el efecto reflejo de las normas jurídicas... En épocas de tránsito, de transformación social en las que el Derecho, fiel a su misión de siempre, trata de seguir encontrando su primordial fin de organizador y mantenedor de la paz social, un concepto tan técnico como el de legitimación, se agrieta, se torna, en algún sentido, obsolecente y demanda una profunda revisión que abra la acción a mayores e inéditos horizontes» (pág. 29).

cos, como ocurre en el sistema español, con carácter general en materia penal y, en algunos supuestos específicos, de Derecho Administrativo (3).

Mas sucede que no todos los intereses sociales o colectivos son seleccionados como intereses públicos. Razones de filosofía política y circunstancias de tiempo y lugar, determinan la función que en este orden desempeña el Estado (4).

Superado el modelo histórico del Estado liberal la consideración de la juridicidad de unos intereses sociales o colectivos, distintos de los individuales y de los públicos (en cuanto no formalizados como tales; la formalización completa de los intereses sociales como públicos conduciría al Estado totalitario) llevó al legislador a regular determinadas materias con limitaciones y cortapisas al ámbito de la autonomía de la voluntad privada, procurando un equilibrio entre los valores libertad-igualdad. Surgieron así las legislaciones protectoras del trabajo, de la mujer, de los niños... La «cuestión social» por antonomasia en el siglo XIX fueron las relaciones de trabajo. Cuestión social y cuestión obrera se identificaron como sinónimos. Tal situación en lo que al procesalismo concierne, provocó el nacimiento de jurisdicciones especiales de trabajo y el reconocimiento de un derecho autotutelar de primera magnitud, el derecho a la huelga que, en cierto sentido, comporta reconocimiento también de la insuficiencia jurisdiccional como medio heterocompositivo garantizado por el Estado (5).

En las sociedades postindustriales de nuestro tiempo, los intereses sociales han desplazado sus objetivos, de los derechos laborales o profesionales, que han encontrado su marco de acomodo y de tutela genuina en el desarrollo sindical, y se han polarizado en torno al logro de mayores cotas de «calidad de vida» entendida esta expresión en sentido amplio. Interesa la calidad del consumo, la veracidad de la publicidad, la salubridad del medio ambiente, el acceso de todos a la cultura..., en definitiva, la nueva problemática pone en evidencia las insuficiencias legislativas y de protección ju-

(3) La insuficiencia también de los conceptos clásicos de protección judicial y de la función que cumple el Derecho administrativo como motor de los intereses colectivos generales ha sido puesta de relieve por NIETO en *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, en Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 76, año 1975, pág. 9.

(4) Cfr. GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, en *La defensa de los intereses públicos difusos*, en «Estudios Jurídicos», Sevilla, 1978, pág. 664.

(5) Sobre el carácter autodefensivo de la huelga, vide ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y defensa*, México, D. F. (2.ª ed., 1970), pág. 42. Un estudio general de la huelga y sus distintas manifestaciones, que, en ocasiones trascienden del campo laboral, *La huelga y el cierre empresarial*, obra colectiva dirigida por Alonso García, Madrid, 1979.

risdiccional en estas materias; descubre el desamparo en que se encuentran los intereses sociales y colectivos aglutinados en torno a estas preocupaciones subjetivas y carencias y limitaciones objetivas. La nueva problemática social coloca en primera línea de atención estos intereses sociales o colectivos que suelen congregarse alrededor de sectores o grupos, a los que se llaman difusos, mal regulados y dificultosamente protegidos.

## II. DIFICULTADES DE LA NOCIÓN «INTERESES DIFUSOS»

Dado, pues, que el concepto de intereses difusos tal como viene transmitido por la doctrina, se adscribe, como un Jano bifronte, de una parte, a lo que es aspiración o «desideratum» —problemas de «iure condendo»—, y de otra parte, a los logros modestos e insuficientes —cuestiones de «iure condito»—, de lo que se infiere la extrema labilidad de aquél, conviene que establezcamos algunas precisiones antes de continuar adelante.

De «iure condendo» los intereses difusos ofrecen una línea conceptual de naturaleza sociológica, capaz de movilizar corrientes de opinión que procuran reformas legislativas tendentes a la regulación y desarrollo normativo de las materias enunciadas en el apartado anterior (consumo, ecología, urbanismo, cultura, vivienda, tercera edad, salud, etc.). Sin embargo, en este orden preconstitucional y prelegislativo, los intereses difusos carecen de jurisdicción.

De «iure condito» los intereses difusos pueden adoptar diferentes manifestaciones: 1) reconocimiento de algunos derechos o principios en los que se cristalizan o se enuncian estos intereses con rango constitucional; 2) desarrollo legislativo de estos principios o derechos; 3) tutela procesal ordinaria de los mismos; 4) tutela procesal específica adecuada a la naturaleza de los intereses difusos. Estos planos son cumulativos. La jurisdicción en estos casos de los intereses difusos y su justicialidad están en función de las características de cada ordenamiento jurídico y del grado de desarrollo del mismo.

Supuesta, en este sentido, la jurisdicción de estos intereses porque medie algún reconocimiento normativo y, consecuentemente, algún modo de tutela judicial, habría que distinguir dentro del concepto de «intereses difusos», entre estos intereses, formalizados en cuanto derechos (derecho a la cultura, derecho a la calidad del consumo, derecho al medio ambiente adecuado, etc.) y estos intereses en cuanto a situaciones jurídicas de ventaja, utilidad o perjuicio de naturaleza grupal y nucleadas en torno a estos reconoci-

mientos legislativos, que merezcan tutela judicial. En sendos casos si la tutela procesal se reconduce a los esquemas clásicos, esto es, legitimación a favor de quien afirme la titularidad del propio derecho o legitimación de quien afirme un interés directo relativo a una situación jurídica individualizada, propia del accionante, la problemática típica de los intereses difusos se habría perdido deglutida por la inercia del régimen clásico de legitimaciones.

Pero imaginemos que establecida la distinción esbozada se arbitran medios judiciales y procesales para que, además del interesado directamente por la situación individual o del titular presunto del derecho, otras personas u órganos puedan gestionar procesalmente el derecho o interés ajeno, en cuanto propios también, por solidarios: en tal caso, nos encontramos, de lleno, con la temática general y fin primordial que persigue la doctrina sobre los intereses difusos.

## III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE «INTERESES DIFUSOS»

De esta guisa podemos acercarnos con pretensiones de mayor aproximación al concepto de intereses difusos.

La existencia de estos intereses se hace notar en las modernas sociedades industriales, como consecuencia de la creciente aspiración a mejorar la calidad de la vida en todas sus vertientes, deteriorada en muchos sentidos y amenazada por la propia civilización industrial, todavía poco evolucionada para responder a las exigencias comunitarias.

La respuesta a esas demandas se formula en sede constitucional mediante el reconocimiento de determinados derechos o principios, generadores de intereses jurídicos (derecho a la protección de la salud, derecho a la educación, protección a la familia, protección a la madre soltera..., etc.).

Legislativamente estos derechos y principios se traducen en desarrollos desiguales, pero, en general, con la común pretensión de trascender al sujeto individual como titular del derecho o interés.

Traduce esta nueva legislación social una «toma de conciencia» sobre exigencias colectivas que implican mayores grados de cohesión social y de interdependencia solidaria. Lo único de estos intereses sociales o colectivos que se denominan difusos es su acotación por grupos o clases o sectores de manera más o menos extensa, según los casos. Por razón de esta distribución de los intereses sociales representativos de clases, grupos o colectivos más o menos extensos, surgen conflictos a veces, entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de los de otros, lo que lleva a poner de

relieve otra nota que acompaña al concepto de intereses difusos: la conflictualidad (6).

En efecto, estos intereses se mueven en la línea de reconocimiento de los derechos humanos llamados económicos, sociales y culturales, diferenciados de los derechos cívicos y políticos. Estos últimos, en cuanto libertades o derechos formales, se concretan con mayor facilidad y su satisfacción, por tanto ofrece menos dificultades. En cambio, en cuanto a los primeros, se hace muy difícil precisar el alcance jurídico de su contenido y lo que pudieran denominarse directivas para su expansión y plena satisfacción. Concurren, en este último sentido, las discrepancias políticas en torno a la construcción del modelo de sociedad que permita la mejor o más indicada satisfacción de éstos. Pero estas dificultades no deben excluir bases de común asentimiento y concordia que permitan establecer los contenidos mínimos concretos de los citados derechos.

El término «difuso» alude, pues, entre otras posibles acepciones (difundido, propagado) a la escasa precisión jurídica de los mismos, a su inconcreción.

Esta imprecisión o difusión de los intereses sociales o colectivos mencionados se manifiesta acusadamente en tres planos: subjetivo, objetivo y formal.

Subjetivamente, porque estos intereses se refieren a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque, con dificultades, determinables. Subjetivamente, también, porque en la medida en que estos intereses se densifican en derechos constitucionalmente reconocidos, la titularidad de estos derechos que aunque individuales tienen su proyección y desarrollo en el grupo social, motivan disquisiciones de filosofía jurídica todavía no cerradas entre el individualismo social y el socialismo. En suma, abren paso a la polémica sobre si puede hablarse de unos derechos de las formaciones sociales, como categorías diferenciadas, en cuanto a la titularidad, de los derechos de la persona. Subyacen en este planteamiento filosofías dispares que van desde el corporativismo al socialismo estatista, pasando por la doctrina social de la Iglesia sobre los «cuerpos intermedios»: ¿Hay entidades «naturales», capaces de derecho, distintas de la persona humana? O, en todo caso, ¿no es cierto que los derechos de las personas jurídicas que son creaciones humanas, aunque respondan a unas necesidades naturales, tienen un valor secundario y subordinado a aquellos otros?

(6) Cfr. PELLEGRINI, *A tutela jurisdiccional dos intereses difusos*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1977 (núms. 3-4), pág. 13.

Sin pretender resolver el problema en este trabajo, no cabe duda que esta indeterminación patente en la doctrina sobre los derechos de formación social influye en la ambigüedad de la titularidad.

Objetivamente, estos intereses son también difusos o imprecisos porque el alcance de las prestaciones debidas y la determinación del sujeto que tiene a su cargo la liberación del deber correspondiente para la satisfacción del interés no están determinados. Se refieren a derechos en los que el contenido del objeto se difumina, ora sea porque los mínimos no están fijados legislativamente, ora sea porque los obligados sean múltiples y cada uno tiene algo que poner para el cumplimiento o realización del derecho.

Formalmente, la ambigüedad subjetiva y objetiva de los derechos que nuclea a su alrededor los «intereses difusos», influye en una «accionabilidad» o justicialidad también difusa o imprecisa, porque el problema de la titularidad abre a la consideración de la doctrina el estudio de nuevas formas de acceso a la justicia en grupo y porque, con independencia ya de la titularidad del derecho, al ser un grupo el afectado en una determinada materia, pueden arbitrarse nuevas formas de intervención procesal o de representación de los intereses afectados por la parte actuante que desbordan los esquemas clásicos del Derecho Procesal (7).

(7) En realidad ocurre que el concepto de intereses difusos nace a caballo de lo que no es en el plano jurídico y de lo que es en el terreno jurídico como algo insuficiente y parcial. Pienso, después de meditar sobre el tema, que este concepto puede que no sea más que un instrumento llamado a desaparecer una vez que cumpla su función de alerta sobre el desamparo legislativo y judicial en que se encuentran determinadas materias jurídicas del máximo interés social, especialmente, cuando se produzcan las regulaciones adecuadas, pues, en este caso, los antiguos intereses difusos se convierten en intereses más concretos como cualesquiera otros. Confieso que tras aceptar el planteamiento político social brillantemente enunciado por CAPPELLETTI en sus primeras aportaciones doctrinales al tema y seguir su problemática en nuestro Derecho (a este propósito corresponde mi trabajo *Nuevos horizontes al Derecho y a la Justicia*), mis posiciones sobre los intereses difusos están llenas de cautela en relación con la utilidad jurídica del concepto; no, desde luego, sobre su conveniencia como concepto «rompedor» en materia de política legislativa. Bajo mi dirección el profesor ayudante del departamento de Derecho Procesal de la U.N.E.D. doctor Lozano Higuero, realizó precisamente su tesis doctoral sobre *La protección procesal de los intereses difusos* (inédita), objeto de debate y defensa ante el correspondiente Tribunal en octubre de 1982. También este autor se ve obligado a distinguir entre los que llama intereses difusos impropios, o sea, los que tienen una regulación aceptable y los que denomina intereses difusos propios, es decir, los que se encuentran, en punto a su adecuada regulación, en estado embrionario.

## IV. LA TUTELA PROCESAL DE LOS «INTERESES DIFUSOS»

Procesalmente, pues, las novedades que aporta la doctrina de los «intereses difusos» es la de propugnar una transformación en el acceso a la justicia. Cambio operado en determinados ordenamientos, reconocido en resoluciones jurisprudenciales avanzadas e innecesario en los países de Derecho consuetudinario que permiten formas de accionar, a cuyo amparo cabe el cobijo de los intereses de un grupo, sin necesidad de que todos los que forman parte del mismo accionen (8).

En efecto, limitada la legitimación a quien actúe afirmando un derecho o interés propio, muchas veces la pequeñez de lo que individualmente puede reclamarse, el temor al enfrentamiento con fuerzas más poderosas que debilitan la posición de parte, frustran el fin de reintegración del ordenamiento jurídico perturbado que cumple también la iniciativa privada, al no ejercitarse el derecho a la jurisdicción.

Cuando a la parte no sólo se le atribuye calidad para actuar en nombre propio sino en la de todos los posibles afectados, la importancia de ésta crece y su acción trasciende del propio interés para proyectarse en el interés de todo el grupo que asume.

Pero, además, si se piensa que los intereses que estos derechos congregan, suelen o pueden motivar agrupaciones con personalidad jurídica (sociedades, asociaciones o fundaciones), encargadas de velar por los mismos, cabe, también, que el ordenamiento jurídico legitime a estas entidades para que actúen procesalmente en defensa de estos intereses no sólo en cuanto se refieren a los asociados, socios o patronos, sino en cuanto se proyectan en la generalidad de todos los que sean partícipes del interés colectivo en cuestión.

(8) Aludimos a las «class actions», especialmente importantes en U.S.A., que sirven para formular declaraciones en las que se hacen valer derechos colectivos por quienes no habiendo sido investidos formalmente de la representación del grupo se consideran, sin embargo, por el Juez, como representantes adecuados y las «relator actions» (generalizadas en Inglaterra y Australia) que permiten, con el control de «attorney general», a particulares o asociaciones ejercitar acciones de esta naturaleza, donde está presente un interés público. También las «public interest actions», facilitan la tutela jurisdiccional de intereses sobre materias tales como la salud y el medio ambiente, que no suelen estar representados conforme a las reglas habituales. Sobre las características, en cambio, de la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos en el derecho continental, concretamente, italiano, *vide* PROTO PISANI en *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi inanzi al giudice civile ordinario*, Napoli, 1974, pág. 801.

Estas modalidades de legitimación que rompen, sin duda, los moldes clásicos, obligan a regulaciones procesales que garanticen la evitación de fraudes o extorsiones basados en el poder legal que confieren, excedido de la propia personalidad. Se establecen así filtros, normalmente judiciales, que de alguna manera aseguran «prima facie» la seriedad y buen propósito de las reclamaciones formuladas, así como la consistencia y representatividad de la entidad o persona actuante. De aquí que algunas legislaciones consideren que no todas las entidades pueden utilizar estas facultades legitimatorias extraordinarias, sino sólo aquellas que tienen una representatividad cualificada (9).

En otro orden, la doctrina sobre los intereses difusos debe conducir en el plano procesal, sobre todo en aquellos ordenamientos que, como el español, no tienen regulada esta materia en lo relativo al proceso civil, a una amplitud respecto al concepto de interés, como base para propiciar la intervención adhesiva en el proceso civil de todos cuanto se pudieran ver afectados por la sentencia.

En suma, las inferencias de esta temática sobre el proceso civil obligan a revisar conceptos tradicionales: el derecho a la jurisdicción debe abrirse a legitimaciones grupales que permitan un modo complementario de acceso a la justicia; la válida constitución de la relación jurídica procesal, obligará en muchas ocasiones a un llamamiento a terceros interesados; la distribución de la carga de la prueba se verá afectada en determinadas reclamaciones por la flexibilidad de su aplicación; la eficacia de la cosa juzgada habrá de hacerse extensiva a terceros no intervinientes; la ejecución de sentencia deberá transformarse para dar acogida a condenas abiertas en cuanto a la cantidad en que consista la indemnización (dentro de unos límites por supuesto) para permitir la comparecencia de anónimos perjudicados... (10).

Estas novedades que, en el campo de lo procesal aportan la doctrina sobre los intereses difusos, no empuja, a que las formas tradicionales de tutela que atribuyen la representación de los intereses públicos o sociales al Ministerio Fiscal o a órganos más recientes como el «ombudsmán», pervivan y coexistan con aquéllas, pues, sólo con una eficaz combinación de medios tutelares y de cobertura ju-

(9) La llamada Ley Royer (Ley de 27 de diciembre de 1973) dictada en Francia sobre Comercio y Artesanado, establece legitimaciones especiales en favor de Asociaciones legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de los consumidores. También la Ley portuguesa de defensa del consumidor de 22 de agosto de 1981 establece el derecho a una justicia eficaz y rápida referida igualmente a asociaciones representativas.

(10) Sobre la legitimación para accionar en redacción con los intereses colectivos, *vide* VIGORITTI, *Interessi collettivi e processo*, Milán, 1979, pág. 61.

rídica (constitucional, penal, administrativa y civil) cabe que se lleve a la adecuada protección de los intereses difusos (11).

#### V. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA E «INTERESES DIFUSOS»

En España, la Constitución actual contiene normas que amparan las preocupaciones sociales inherentes a nuestro tiempo y otras que en concreto protegen los intereses sociales de grupo en un intento de equilibrar los valores libertad e igualdad, binomio sobre el que se asienta la dignidad de la persona humana y que es en el orden práctico del Derecho sana tensión dialéctica, inspiradora del progreso social. En el núcleo de esta tensión está la problemática de los «intereses difusos» y en especial de la efectividad de su tutela tanto legislativa como judicial.

Dice, en efecto, el art. 9,2 de la C, que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Al margen (por no ser ésta la ocasión) de la polémica de filosofía político social que subyace tras el enunciado constitucional, no cabe duda que en la expresión «libertad e igualdad de los grupos» es donde se sitúa el fundamento constitucional de protección a los intereses difusos, pues éstos son, en definitiva, intereses sociales o colectivos de un grupo, clase o comunidad más o menos extensa, nucleados en torno a la ansiada efectividad de un derecho fundamental (reconocido o no constitucionalmente), generalmente de los llamados económicos, sociales o culturales, aunque puedan también incluirse en estos conceptos algunas de las libertades clásicas (por ejemplo, libertad de expresión) en cuanto ofrecen un interés social difuso de cuya satisfacción efectiva depende la realidad de aquella (12).

(11) Tres obras colectivas básicas a consultar en materia de intereses difusos son *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pavia, 1976; *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milán, 1976, y *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milán, 1978.

(12) Me refiero a las discrepancias surgidas durante la tramitación del precepto constitucional entre ALZAGA VILLAMIL y PECES-BARBA reflejada en sus obras *La Constitución española de 1978* (comentario sistemático, Madrid, 1978, pág. 135) y *La Constitución española de 1978* (un estudio de derecho y política), Madrid, 1981, pág. 39, respectivamente.

La C. reconoce los derechos que originan, en cuanto jurídicos, los intereses difusos. Así, el derecho a la protección de la salud (art. 43); el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho (art. 44); el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47). También la C., sin catalogarlos como derechos, establece «principios rectores de la política social y económica» generadores de intereses de esta naturaleza: protección social, económica y jurídica de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, protección de las madres, protección de los niños (art. 39); régimen público de seguridad social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficiente ante situaciones de necesidad (art. 41); protección del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46); protección de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (art. 49); suficiencia económica de las pensiones a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50). Mención aparte merece en este orden, por su trascendencia, la referencia a los consumidores: los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos en los mismos (art. 51).

Otros derechos y libertades, aunque tengan en algunos aspectos un contenido más concreto, ofrecen en otros, zonas de intereses difusos. Así ocurre con el derecho a la educación que ha de satisfacerse en régimen de libertad de enseñanza (art. 27), el derecho al trabajo (art. 35), y la libertad de empresa (art. 38). También, las libertades públicas reconocidas a la persona en cuanto no sean eficaces o reales para personas físicas o jurídicas, dentro éstas de sus fines, promuevan ondas de intereses difusos alrededor de grupos o sectores que deben merecer la atención legislativa y judicial.

#### VI. SOBRE LA TUTELA PROCESAL, EN GENERAL, DE LOS «INTERESES DIFUSOS» EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Una ojeada general sobre la tutela procesal de estos intereses en España, conduce a una primera afirmación: en nuestra legislación procesal no se contemplan supuestos de legitimación amplia, grupal, que atribuyan a una persona física o jurídica representación para actuar en nombre e interés de todos los afectados, aunque éstos no litiguen. Excepcionalmente, dentro del ámbito del Estatuto de los trabajadores, se reconoce a la representación de los mismos

en la empresa, legitimación para emprender determinadas acciones con efectos que superan la relación interpartes (13).

Constitucionalmente, no existe óbice para que en el futuro puedan construirse legalmente legitimaciones de esta naturaleza. El art. 25 de la C. permite, en una interpretación concorde con el art. 9,2 establecer una efectividad del derecho a la jurisdicción que incluya en el concepto «sus derechos e intereses legítimos» la tutela de estos intereses solidarios que son los intereses difusos. Lo mismo puede decirse de la regulación de la intervención procesal no contemplada en la actual Ley de Enjuiciamiento civil.

Por supuesto que tanto el ministerio fiscal como el equivalente español del «ombudsman», o sea el Defensor del Pueblo, están legitimados institucionalmente, el primero en la órbita de la legalidad, es decir, ante la jurisdicción ordinaria y ambos en la órbita de la constitucionalidad para interponer el recurso de amparo y el segundo, además, el de inconstitucionalidad, remedios que permiten tutelar, también, los intereses difusos (14).

(13) Especial atención presta a esta nueva modalidad legitimatoria como punto crítico del Estatuto, RAYÓN SUÁREZ, *Legitimación procesal del Comité de Empresa*, en la obra colectiva *El Estatuto de los trabajadores*, dirigida por BORRAJO DACRUZ, Madrid, 1980, pág. 163.

(14) El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal fue aprobado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre. Su artículo 1.º, que prácticamente reproduce el artículo 124 de la Constitución, reconoce esta misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. En el artículo 3.º se señalan también como misiones del mismo, «interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y formas previstos en la L.O.T.C.» e «intervenir en los procesos de que conoce el T.C. en defensa de la legalidad en la forma que las leyes establezcan». La Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril del Defensor del pueblo, recoge, también con fidelidad, al texto Constitucional, que «está legitimado» para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la C. y en la L.O.T.C. (art. núm. 29). Sobre la idoneidad del proceso de amparo para tutelar los intereses difusos, *vide*, FIX ZAMUDIO, quien dice: «Por lo que se refiere a la legitimación del D. P. para interponer el recurso de amparo, como dicho funcionario, en su carácter de Delegado de las Cortes, y de acuerdo con el modelo Escandinavo del Ombudsman, tienen la función especial de supervisar la actividad de la Administración en los términos del art. 54 del C.; su función debe consistir en la tutela de los derechos fundamentales colectivos o de grupo, o inclusive los de carácter difuso, cuando sean afectados por cualquier acto o resolución de las propias autoridades administrativas, y algo equivalente puede afirmarse de la impugnación que corresponde al M. F. en forma similar a la procedencia de las «class actions», del Derecho estadounidense y de las «relator actions» del ordenamiento inglés, en el derecho de amparo en México y en España, *Revista de Estudios Políticos*, enero-febrero 1979, Madrid, pág. 259 (publicado antes de promulgarse la L.O.T.C.), publicada la L.O.T.C., FAIRÉN GULLÉN se siente «intrigado» por numerosos problemas no regulados o mal regulados. Y dice: «Así podríamos seguir discurriendo sobre otros fundamentales problemas que ya

Finalmente, al ciudadano se le atribuye también, en ocasiones, «acción popular», en línea con una tradición española que se manifiesta especialmente en el proceso penal y en determinados supuestos de interés público, superpuesto al interés social y difuso subyacente. Indudablemente la acción popular en estos casos es un medio igualmente tutelar de los intereses difusos (15).

La Constitución, en este sentido, se muestra propicia a ampliar el campo de la acción popular. Así el art. 125 señala que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...

Examinaremos en los apartados siguientes cada uno de estos posibles accesos a la justicia en concreto.

## VII. LA ACCIÓN COLECTIVA DE LOS COMITÉS DE EMPRESA

Una de las innovaciones más importantes en materia laboral la constituye el régimen de legitimación atribuido al comité de empresa por el art. 65 del Estatuto de los trabajadores (Ley 8/1980 de 10 de marzo). Se reconoce —dice el precepto— al comité de empresa, capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias por decisión mayoritaria de sus miembros.

Si se tiene en cuenta que el comité de empresa es un órgano representativo del conjunto de los trabajadores en la empresa, se llega a la conclusión de que se ha introducido un tipo de legitimación colectiva que no tiene parangón en nuestro Derecho (por influencia sin duda del Derecho italiano), llamada en su desarrollo y práctica ulterior a remover la concepción tradicional del Derecho del trabajo, en cuanto que algunas de las competencias asignadas por la Ley al referido órgano sindical tienen carácter amplio.

nos ocupan, por ejemplo, el de la legitimación colectiva en relación con las «class actions»..., en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo III, Madrid, 1982, pág. 1.630. En todo caso, con independencia de claros defectos y lagunas, corresponde a la jurisprudencia jurisdiccional una interpretación, posible por otra parte, que permita la tutela de los intereses difusos.

(15) Sobre la idoneidad de la acción popular en otros ordenamientos, *vide* BARBOSA MOREIRA: *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos*, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebmann*, volumen IV, Milán, 1979, pág. 2.674.

### VIII. LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN CUESTIONES DE INTERÉS SOCIAL

El Ministerio Fiscal, según la C. tiene entre otras misiones (artículo 124) la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social. Esta misión se incardina en un marco más amplio que sitúa en primer término la promoción de la acción de la justicia en defensa del interés público.

Aunque interés social e interés público, puedan superponerse, a nuestro entender son conceptos distintos. El reciente estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, repite en su art. 2 el precepto constitucional. Y al tratar de las funciones establece que corresponde al mismo tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley, con lo que parece identificar interés público e interés social, con ambigüedad, sin embargo, puesto que la conjunción empleada permite dar a la frase un sentido disyuntivo o copulativo.

Corresponde, en definitiva, a las leyes, determinar los supuestos de legitimación del Ministerio Fiscal para la satisfacción del interés social, en cuya expresión, pueden incluirse, sin dificultad, los «intereses difusos».

Pero las leyes vigentes no se muestran generosas en esta materia. Por tanto, la cláusula remisoria a las leyes que puede tener un alcance «pro futuro», carece en la actualidad de relevancia.

Se sigue de la constatación de esta realidad, la confirmación, por lo menos hasta el momento, del criterio que apunté en otra oportunidad, acerca de las funciones del Ministerio Fiscal en esta materia, opinión avalada también por la doctrina y la práctica de otros países. A saber: la preparación específica del Ministerio Fiscal, de estos funcionarios habituados a colaborar con el Juez en la investigación del delito en la fase de instrucción sumarial y a mantener la acusación pública ante los tribunales de lo penal les hace, quizás por la misma realidad de su diaria e intensa ocupación profesional, menos propicios a la representación de intereses civiles vinculados a complejos fenómenos económicos o sociales (16).

De otra parte, los «intereses difusos» no son, a veces, intereses generales, sino intereses de clase o de grupos sociales determinados que originan conflictualidad ideológica, lo que puede, en ocasiones, hacer peligrar la neutralidad social del Ministerio Fiscal.

(16) Cfr. ALMAGRO NOSETE, *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*, op. cit., pág. 33.

En consecuencia, no debe esperarse que sea la legitimación al Ministerio Fiscal en estas cuestiones el modo único, ni siquiera principal en relación con otros, de resolver los problemas que plantea la litigiosidad de los «intereses difusos».

En otro orden, se reconoce al M. F. legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y formas previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, junto con otras funciones ante esta jurisdicción. Como quiera que estas funciones en lo que a la interposición del amparo se refiere son iguales a las del defensor del pueblo, deben aplicarse a éstas las consideraciones que haremos a propósito de esta institución, bien entendido que por las razones ya esbozadas, en la práctica, la función de interposición del recurso de amparo por el M. F. estará condicionada por los factores que se apuntaron.

### IX. FUNCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO TUTOR DE «INTERESES DIFUSOS»

Al Defensor del pueblo instituido por la C. (art. 54), regulado por Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, le atribuye la norma fundamental funciones de gran trascendencia como promotor de la justicia constitucional, puesto que está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad (junto con los que tienen también este poder, aunque la legitimación sea más política: Presidente del Gobierno, cincuenta diputados, cincuenta senadores, órganos colegiados de las comunidades autónomas y asambleas de las mismas) y para interponer el recurso de amparo (legitimación que comparte con el Ministerio Fiscal o con toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo).

Desde esta doble vertiente, el Defensor del pueblo puede convertirse, según el talante que inspire su actuación, en un verdadero protector de los «intereses difusos», con independencia de la atención que preste a las quejas por intereses concretos que, en muchas ocasiones también darán pie para descubrir zonas de intereses difusos. Estas atribuciones, como es lógico, han de desarrollarse en los límites de la litigiosidad constitucional.

Como promotor del recurso de inconstitucionalidad, incumbe al Defensor del pueblo velar para que las leyes que se promulguen no contengan disposiciones inconstitucionales que atenten a los derechos y principios reconocidos constitucionalmente, generadores de intereses difusos legítimos. No debe olvidarse que la mayoría de estos derechos y principios no gozan de la tutela privilegiada del amparo constitucional o recurso por violación anticonstitucional de

derechos humanos (art. 53 de la C.). De aquí, que la tutela de los intereses difusos que estos derechos cubren, exija una cuidadosa revisión de las normas legales que se dicten para juzgar sobre la observancia o inobservancia de los preceptos constitucionales atinentes.

En especial, como promotor del recurso de amparo las posibilidades que tiene para tutelar los intereses difusos son aún mayores. Los derechos de referencia quedan excluidos directamente del recurso de amparo; pero los intereses difusos creados en su entorno son comparables con un empleo prudente e inteligente del art. 14 de la C., que establece el principio de igualdad ante la Ley. Ha dicho, en otra ocasión: «tal como está formulado permite apoyar interpretaciones más allá de la pura y mecánica igualdad formal ante la ley, puesto que sus contenidos concretos dan pie a una razonable y progresiva consideración del principio de igualdad real ante la ley. Una jurisprudencia atinada podrá desenvolver una doctrina que rompa con la distinción entre libertades formales y libertades reales» (17).

De otra parte, algunos derechos de los citados como generadores de intereses difusos gozan directamente de amparo, como ocurre con el derecho a la educación y con la libertad de expresión.

Ha de decirse también que el ciudadano que invoque un interés legítimo está legitimado para recurrir en amparo. A mi juicio, el concepto de interés legítimo incluye el interés solidario en la alícuota que a cada sujeto del colectivo afectado corresponde (18).

Finalmente, es necesario señalar que, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, la L.O.T.C. regula con carácter general (art. 81) la coadyuvancia, es decir, la intervención adhesiva (19), que posibilita en procesos constitucionales, la participación activa de los terceros interesados. Específicamente, además, establece la L.O.T.C., con referencia a los recursos de amparo promovidos por el D. P. o el N. F. (art. 46) la comunicación de la pendencia del proceso a los posibles agraviados conocidos y el anuncio del mismo en los diarios oficiales a efectos de comparecencia de otros posibles interesados.

(17) Cfr. ALMAGRO NOSETE, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, pág. 210.

(18) Cfr. ALMAGRO NOSETE, *Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*, Revista de Derecho Político, Madrid, verano 1981, pág. 71.

(19) Sobre la intervención en materia civil, vide MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972.

#### X. «ACCIÓN POPULAR» EN MATERIA DE «INTERESES DIFUSOS»

Los ciudadanos, por razón de su ciudadanía, están también llamados en ocasiones al desempeño de una tarea activa en la promoción de la justicia. Así ocurre, en particular, desde el punto de vista de la iniciativa procesal cuando se atribuye a los mismos «acción popular», es decir, cuando se confiere una legitimación abierta para que cualquier persona tenga poder para solicitar la protección procesal en una determinada situación jurídica.

Dentro del tema acotado bajo la rúbrica de los intereses difusos el ordenamiento español ofrece los siguientes ejemplos:

1. *En materia urbanística.* El urbanismo exige la intervención administrativa y la producción de actos aprobatorios, denegatorios de planes de ordenación urbana y ejecución de obras, ajustadas a las normas generales especiales que delimitan el ejercicio de la actividad urbanística con sujeción a la legalidad. La Ley del Suelo, reconoce a todas las personas físicas o jurídicas «acción» (legitimación) para exigir a los órganos administrativos competentes y a la jurisdicción en su manifestación contencioso administrativa el cumplimiento de la legislación en materia de urbanismo. Regula esta legitimación en concreto el art. 235,1 del T. R. L. S. de 9 de abril de 1976, que dispone que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas».

2. *En materia de medio ambiente.* El art. 16 del Decreto 833/1975 de 6 de febrero que desarrolla la Ley 38/1972 de protección del medio ambiente atmosférico, establece que cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, podrá dirigirse por escrito motivado al Alcalde, Gobernador Civil o Director General de Sanidad, expresando razonablemente la situación de contaminación y solicitando la tramitación del expediente para la declaración si procede de zona atmosférica contaminada.

Esta legitimación preprocesal en cuanto convierte en interesado en el expediente a quien denuncia, procura una apertura legitimatoria en su caso ante la jurisdicción contencioso administrativa.

#### XI. SUGERENCIAS PARA CONSTITUIR UN SISTEMA ESPAÑOL PROCESAL DE TUTELA A LOS «INTERESES DIFUSOS»

En el capítulo de las sugerencias a formular, esto es, en la línea de «iure condendo» a la que hicimos en su momento referencia,

como ínsita en el concepto, ha de postularse un claro reconocimiento en el plano legislativo procesal de la legitimación colectiva.

Los ejemplos de las leyes francesa y portuguesa sobre el consumo, deberían ser acogidos por la legislación interna con un alcance más dilatado, extensivo, pues, a otras materias que suscitan la agrupación de intereses legítimos en esa común solidaridad que trasciende el propio interés individual.

Debe postularse también, a mi juicio, que la eficacia de la sentencia sea extensiva a terceros no intervinientes, sólo en lo que les beneficie, no en cuanto los perjudique, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial española aplicable a la legitimación del comunero y a los efectos de la sentencia obtenida por el mismo.

También debe propugnarse la regulación con carácter general de una intervención adhesiva en el proceso civil para que puedan mostrarse parte en el mismo las personas que acrediten tener interés en que algunas de las partes principales obtengan una resolución favorable.

La disciplina de los interdictos con un fin social y de las medidas cautelares eficaces en estas materias deberían igualmente motivar regulaciones adecuadas.

Asimismo requerirá un tratamiento específico la ordenación de la ejecución de sentencia, en estos casos con la determinación del alcance de las indemnizaciones y el modo de hacerlas efectivas.

La utilización de los demás sistemas de legitimación en función del interés público pueden reforzarse con legislaciones progresivas y una jurisprudencia valiente. En cualquier caso, la «tonificación» del sistema exige una previa pedagogía adecuada.

## XII. CONCLUSIÓN

Conclusivamente ha de deducirse de lo expuesto que el sistema español de tutela de los intereses difusos es muy insatisfactorio. A diferencia de lo acontecido en otros países ni siquiera en materia de protección a los consumidores se han introducido acciones que permitan la tutela de éstos.

Las expectativas, no obstante, son generosas. El marco que ofrece la nueva Constitución, permite auspiciar un desarrollo legislativo fructífero en estas materias.

## NOTAS

### LA SITUACION DEL PROCESO PENAL EN ALEMANIA \*

Prof. Dr. JÜRGEN BAUMANN  
Universidad de Tubinga

#### SUMARIO:

I. Pautas de evolución: 1. Desplazamiento del centro de gravedad en las reformas; 2. El problema cuantitativo; 3. Los procesos «monstruo»; 4. Duración de los procesos. Obligación de motivación. Tribunales de Casación. — II. Intentos de reforma: 1. La posición del Letrado defensor; 2. Procedimiento no público para delitos de poca importancia y cuando el autor sea confeso. Otras propuestas; 3. El auto interlocutorio de culpabilidad. — III. Necesidad de otras reformas y perspectivas de futuro: 1. La regulación legal de la prisión provisional; 2. Posición de la Fiscalía del Estado y del Letrado defensor; 3. Estructura tripartita de los tribunales; 4. Unificación de los derechos procesales.

#### I. PAUTAS DE EVOLUCIÓN

Cuando aquí nos disponemos a reseñar las más recientes pautas de evolución del proceso penal en Alemania, no se trata de sacar a la luz quisquillas dogmáticas. Hay que resaltar la moderna problemática así como los intentos del legislador, en ocasiones también de la Jurisprudencia, encaminados a superarla.

\* Texto de la conferencia pronunciada en Barcelona, dentro de los actos conmemorativos del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, organizados por el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona. Traducción de Ursula VESTWEBER.

### 1) *Desplazamiento del centro de gravedad en las reformas.*

Desde su entrada en vigor en 1879 hasta nuestros días, la Ordenanza Procesal Penal (de 1877) ha venido «sufriendo» más de 80 leyes modificadoras, afectando a un total de 1400 artículos. A la vista de los datos estadísticos (p. ej., los de RIESS, en *Festschrift für Karl Schäfer*, 1980), las novelas legislativas de los dos últimos lustros destacan por su número (22 leyes modificadoras relativas a 431 artículos de la Ordenanza Procesal Penal), y no fue menos importante en este aspecto el período comprendido entre los años 1960 y 1969 (con 12 leyes modificadoras relativas a 211 artículos).

Desde el punto de vista de la posición de las «partes» (el proceso penal alemán no es un auténtico proceso de partes, como ya he expuesto en varios otros trabajos), las modificaciones de los últimos 20 años no siguen, ni mucho menos, una línea constante. Constituye doctrina casi pacífica que a mediados de los años 60 se produjo una quiebra en la evolución. Si bien es cierto que el período hasta aproximadamente 1965 se caracterizó por un reforzamiento casi constante de la posición del acusado y de su defensor (iniciándose con la Ley para el Restablecimiento de la Unidad Jurídica de 1950, e impulsada por las experiencias vividas bajo el Estado totalitario de injusticia de 1933 a 1945), no es menos cierto que a mediados de los años 60 se produjo un cambio a la inversa en este ámbito. La última de las leyes dictadas en interés de un reforzamiento de la posición jurídica del acusado fue la Ley Modificadora del Proceso Penal de diciembre de 1964, cuya finalidad era reformar la regulación legal de la detención, adaptándola a las exigencias de un Estado de Derecho. Pero en mi opinión, esta ley fue un fracaso, ya que no ha alcanzado sus propósitos (vid. BAUMANN en la revista JZ 62, 649, 689 con un pronóstico; y JZ 69, 134 relativo a la realidad). Desafortunadamente no se ha podido lograr reducir sustancialmente la prisión preventiva, ni en cuanto a los casos en que se decreta ni en cuanto a su duración. En mi opinión, esto era de esperar. Pero el legislador tuvo al menos la intención de lograrlo.

A partir de mediados de los años 60 no hubo más leyes que continuaran apuntando en esa dirección. Todo lo contrario, la regulación legal de la detención fue ampliada (ampliando los motivos de detención), tanto en la aplicación del art. 112, apartado 3 de la Ordenanza Procesal Penal para incluir la asociación terrorista, como en el campo de aplicación del art. 112 a) de la misma Ordenanza, mediante la ampliación del catálogo de acciones para las que el riesgo de reincidencia puede ser motivo de detención. Hubo asimismo importantes modificaciones respecto de la posición jurídica del letrado-defensor, en especial debido a la introducción y posterior

aplicación más rigurosa de las disposiciones contenidas en los artículos 138 y ss. de la Ordenanza Procesal Penal que permiten la exclusión de todo abogado defensor sospechoso de colaboración punible. La culminación, en cierta manera, de esta evolución la constituye la Ley de Incomunicación de 1977, que en los arts. 31 y ss. de la Ley Introductoria a la Ley de Organización de los Tribunales (EG zum GVG) permite, si bien bajo condiciones muy estrictas, prohibir incluso la comunicación oral con el abogado-defensor. La posibilidad de vigilar la correspondencia había sido ya introducida con anterioridad por los arts. 148, 148 a) de la Ordenanza Procesal Penal. Ahora se restringía también la comunicación oral.

Esta breve enumeración de las modificaciones, hecha a título de ejemplo, permite ya reconocer el cómo y el porqué del «cambio de tendencia»: fueron las experiencias de una ordenanza procesal de corte marcadamente liberal y de una Administración de Justicia, en ocasiones algo lenta, con un nuevo tipo de acusado y de defensor. La aparición del terrorismo político y, ante todo, el miedo generado por éste, fueron los factores desencadenantes de este movimiento pendular hacia el otro lado. Cito especialmente el miedo, puesto que el terrorismo político en la República Federal de Alemania, comparado con el existente a nivel internacional, puede considerarse como relativamente poco importante, y, puesto que entre un total de aproximadamente 30.000 abogados, el número total de aquéllos sobre los que recae la sospecha de colaboración, debe ascender a unos 30, es decir, exactamente el uno por mil. Cabe la duda de si a la vista de estos datos la reacción del legislador ha sido siempre la adecuada. En mi opinión, es necesario que en este ámbito las aguas vuelvan a su cauce, y habrá que examinar si todas las modificaciones de la Ordenanza Procesal Penal han sido verdaderamente oportunas, necesarias o adecuadas. Respecto de la Ley de Incomunicación estimo urgente su pronta reforma.

### 2) *El problema cuantitativo.*

Respecto de la Ordenanza Procesal Penal de 1877, para la cual la Gran Sala de lo Criminal era el respaldo de la jurisdicción penal y el tribunal unipersonal tenía, en materia penal, competencia prácticamente sólo para los delitos a instancia de parte y las faltas, la competencia objetiva ha sufrido considerables modificaciones con el transcurso del tiempo. Se ha ido ampliando cada vez más la *competencia de los tribunales inferiores* (tribunales unipersonales, tribunales de escabinos como primera instancia) a costa de la competencia de las grandes salas, mucho más costosas. Marcó un importante hito en este sentido la Reforma Emminger, de principios

de los años 20 (1924), cuyos principios básicos fueron la economía y el ahorro de gastos.

En una evolución paralela se fueron aboliendo paulatinamente los Jurados. La Reforma Emminger comenzó por abolir el principio clásico del Tribunal de Jurados en el que los jueces legos decidían únicamente sobre la culpabilidad, mientras que los magistrados de carrera determinaban la pena. Desde entonces, el llamado Jurado se convirtió, en realidad, en un tribunal ampliado de escabinos. Poco a poco se fue reduciendo el número de magistrados, y el punto final lo constituyó la Primera Ley de Reforma del Proceso Penal de 1974 (la 2.ª la estamos esperando todavía), que eliminó los arts. 79-92 de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG), es decir, la totalidad del Título VI referente a los Tribunales de Jurados. Permanece hoy únicamente la Sala de Jurados de las Audiencias Provinciales (art. 74 GVG), cuya composición es la de una sala normal de lo penal y que también juzga como ésta.

Por otra parte, hay que constatar que la evolución nos ha depurado también salas especiales en las Audiencias Provinciales, permitiendo así una mayor especialización de la Justicia y de los magistrados. Junto a la ya clásica jurisdicción de menores con su Sala de Menores y de Protección de Menores, en virtud de los arts. 33, 41 de la Ley de Organización de los Tribunales Tutelares de Menores (JGG) y 26, 74 b) de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG), existen salas especiales para delitos políticos, para delitos económicos y, finalmente, salas de ejecutorias a las que no sólo les compete vigilar el cumplimiento de la pena, sino, asimismo, en virtud del art. 110 de la Ley sobre Ejecución de la Pena (StVollzG), el control jurídico durante la ejecución. Tenemos, por tanto: abolición de los tribunales considerados como anticuados, de una parte y especialización con el fin de intensificar los procedimientos penales y especialización de los magistrados, de otra.

Sin embargo, ni todas las modificaciones en el ámbito de la competencia objetiva, ni el considerable incremento del número de magistrados en los últimos dos lustros han logrado atajar la delincuencia masiva. Los tribunales se encuentran inundados de procesos cuya duración, a pesar de todos los esfuerzos, resulta demasiado larga, de modo que se ha tenido que recurrir a simplificaciones procesales.

a) Un viejo medio muy útil para combatir la delincuencia masiva pero de poca importancia, lo ha ofrecido desde siempre el procedimiento penal sin juicio oral (*Strafbefehlsverfahren*). Pero este procedimiento, regulado en los arts. 407 y ss. de la Ordenanza Procesal Penal tiene limitaciones en cuanto a las consecuencias jurídicas. No pueden imponerse por este procedimiento condenas de pri-

vación de libertad (ni siquiera aquellas en que se concede la remisión condicional), y de las medidas de seguridad y corrección sólo cabe aplicar la retirada del permiso de conducir. De este modo sólo se logra descargar a los tribunales unipersonales, puesto que las diversas posibilidades de oposición dan al traste con este procedimiento y generalmente se acaba por tener que celebrar la vista oral. Resulta especialmente criticable que la influencia pedagógica sobre el delincuente se efectúe de modo muy deficiente en este procedimiento sumario y totalmente escrito. En la mayoría de los casos, el acusado suele ver a un agente de la Policía, pero raras veces a un Fiscal y jamás a un Magistrado, con quien naturalmente no habrá hablado nunca. La imposibilidad de imponer condición junto con la multa (condiciones como las que cabe imponer en los casos de remisión condicional de la pena de privación de libertad, con la finalidad de influir sobre el reo) hace de este procedimiento penal sin juicio oral un cauce procedimental cuyo único objetivo puede ser la intimidación y la prevención general. Es aquí donde residen otras limitaciones de este procedimiento, por lo que el proyecto alternativo de una novela de la Ordenanza Procesal Penal, que actualmente se está elaborando, prevé limitar la aplicación de este procedimiento penal sin juicio oral a aquellos casos en que no es necesario ejercer una influencia pedagógico-criminal.

El procedimiento que tiempo atrás se aplicaba a los delitos de menor importancia, el llamado procedimiento de disposición penal judicial (*Strafverfügungsverfahren*) fue suprimido al poco tiempo de terminar la guerra (por la Ley de Unificación de 12 de septiembre de 1950), por razones de legalidad.

b) El procedimiento acelerado de los arts. 212 y ss. de la Ordenanza Procesal Penal no se aplica casi en la práctica (desgraciadamente). En virtud del art. 79 de la Ley de Organización de los Tribunales Tutelares de Menores (JGG), este procedimiento así como aquél sin juicio oral no son aplicables cuando el imputado es menor; cabe aplicar el «procedimiento simplificado para menores» con arreglo a los arts. 76 y ss. de la Ley de Organización de los Tribunales Tutelares de Menores (JGG), pero únicamente cuando la imposición de una pena de prisión de menores parece improbable. La aplicación del procedimiento acelerado suele fracasar por la exigencia de que «los hechos deben carecer de complejidad». Si el acusado está asistido de letrado, el procedimiento no suele ser viable.

En un Land de la República Federal de Alemania intenté aplicar este procedimiento con mayor frecuencia durante algún tiempo, sobre todo en el ámbito de las acciones de gamberrismo en la calle y en los campos de deporte, obteniendo, sin embargo, escasos éxitos. Pero a pesar de ello deberíamos animar a nuestros tribunales

(y a la Fiscalía que debe solicitarlo) a utilizar este procedimiento con mayor frecuencia que hasta ahora.

c) El instrumento más eficaz pero también el más peligroso para combatir la delincuencia masiva pero de poca importancia lo constituye la posibilidad (introducida por la Ley de Introducción al Código Penal, EG zum StGB, de 1974) de prescindir provisionalmente de la acusación, si bien bajo condición, en virtud del art. 153 del Código Penal. En lugar de delimitar los delitos de poca importancia contra la propiedad y el patrimonio en el Código Penal (como antes), el legislador de la Segunda Ley de Reforma del Derecho Penal eliminó las faltas, clasificó todos los hechos punibles como delitos (es decir, utilizó una calificación más grave) para luego elegir una solución procesal. Mediante un ulterior debilitamiento del principio de legalidad, el legislador ha pasado toda la problemática al Derecho Procesal, proveyendo un sobreseimiento modal (reparación del daño, pago de una suma de dinero, prestación de servicios a la comunidad y pago de alimentos). En el caso de los delitos contra el patrimonio, esta terminación modal, es decir, esta determinación de las consecuencias jurídicas, puede ser decretada también por el Fiscal solo, es decir, sin la intervención del Juez, aun cuando en estos casos es imprescindible obtener el consentimiento del acusado.

Por mi parte opino que esta solución de hacer frente a los delitos muy frecuentes sin intervención judicial es la peor de todas, y he aquí una breve enumeración de los argumentos:

- debilitamiento de los postulados del Estado de Derecho por erosión del principio de legalidad;
- reparos contra la determinación de las consecuencias jurídicas por el Fiscal;
- consecuencias para la idiosincrasia de los Fiscales (sobre este tema, especialmente HIRSCH, en ZStW 92, 218, 1980);
- la llamada «comercialización» de la justicia penal;
- peligro del «chalaneo» o del acercamiento al *plea bargaining*;
- falta de influencia pedagógica del Magistrado sobre el reo;
- posibilidad de que se ejerzan presiones sobre el acusado para lograr su consentimiento;
- con ello infracción de los principios del art. 136 a) de la Ordenanza Procesal Penal;
- disminución de la prevención general (conminación);
- no descubrimiento de reincidentes (por faltar la inscripción registral);
- con ello disminución de la prevención especial e inexistencia de una pena justa y adecuada;

- presupuestos jurídicos poco precisos («daños de poca importancia»);
- con lo que se confunden los límites inferiores de la reacción jurídico-penal;
- lo que significa infracción del principio de seguridad jurídica del art. 103 II de la Ley Fundamental (GG);
- falta de vigilancia relativa al cumplimiento de la condición por el acusado;
- dependencia jerárquica de la autoridad que determina las consecuencias jurídicas;

para sólo citar las razones más importantes (al respecto, vid. BAUMANN, en NJW, cuaderno con motivo del 54 DJT, además AE, Novela para la Ordenanza Procesal Penal, 1980, pág. 59, así como los llamamientos del Comité de Trabajo AE (Proyecto Alternativo) dirigidos al Bundestag en 1969 y 1973). Verdaderamente, no estamos ante una obra maestra del legislador, y por lo tanto, de aceptación muy diversa y, en todo caso, con gran cautela por parte de los Tribunales de los distintos Länder.

### 3) Los procesos «monstruo».

Aún peor resulta la sobrecarga de la Justicia penal a causa de los llamados procesos «monstruo», y esto porque, como ya ha sido expuesto, a la delincuencia poco importante, en realidad, ya no se le da el trato adecuado, es más, en muchos casos sólo se «administra» (BAUMANN en libro-homenaje a Schröder, 1978, pág. 523). Los procesos «monstruo», como los que hubo que llevar a cabo para el enjuiciamiento de actos delictivos de la época nazi, y que tendrán que realizarse seguramente hasta 1990, obstruyeron totalmente las grandes salas de lo criminal de las Audiencias Provinciales. Aquí se demostró que nuestra Ordenanza Procesal Penal no está hecha para tales procesos en los que la vista oral puede durar varios años.

a) Hoy día el número de estos procesos ha disminuido. Si bien estamos dispuestos a enjuiciar la totalidad de los crímenes del régimen nacionalsocialista (no hubo en ninguno de los dos Estados alemanes una «noche de los cuchillos largos»), los procesos, sin embargo, van disminuyendo en número y terminan, en la mayoría de los casos, sin resultado, debido a que los recuerdos de los testigos se han debilitado. — El lugar de estos procesos «monstruo» lo han ocupado los procesos penales por delitos económicos. Más arriba se mencionó ya la creación de salas especiales para los delitos económicos, establecidas en las Audiencias Provinciales. Los crecientes esfuerzos del legislador y de la Justicia para combatir más enérgi-

camente los «delitos de guante blanco», han conducido a la existencia de numerosos procesos penales de larga duración. A menudo, una Sala de lo Penal está ocupada durante dos años con un solo proceso; el trabajo de instrucción de la Fiscalía que ha llevado el procesamiento, ha sido muchas veces labor de años.

Ni la reforma de los arts. 154 y 154 a) de la Ordenanza Procesal ni la limitación del número de abogados defensores a 3 (para un acusado) por el art. 137 de la Ordenanza han logrado poner remedio a la situación. A menudo se intervienen miles de voluminosas carpetas con documentos cuyo examen y evaluación jurídico-penal tarda muchos años. Y ello a pesar de haberse creado Fiscalías especializadas y centralizadas que cuentan con la colaboración de peritos económicos (muchas veces antiguos auditores o inspectores de Hacienda). De proceder a la acusación y a la vista oral, la situación a menudo se invierte respecto del proceso penal ordinario, en el que el acusado, que a veces carece de defensor, se encuentra frente al inmenso aparato de la investigación sumarial de la Fiscalía y de la Policía. Aquí, en el caso de los delitos económicos, nos encontramos a menudo con un acusado muy listo, asistido de numerosos peritos y, como mínimo, de tres abogados-defensores (sin contar los demás asesores jurídicos), frente a un aparato mucho menos eficaz de investigación y acusación.

Además, se da el caso de que los métodos de defensa, tal y como se han desarrollado en los procesos contra terroristas, han logrado infiltrarse también en los procesos que aquí comentamos. Los magistrados son recusados cada vez que se celebra una vista (lo cual requiere una resolución y, por tanto, significa pérdida de tiempo), se solicitan recibimientos a prueba que carecen de sentido (y que deben ser admitidos o rechazados —nuevamente pérdida de tiempo—), cuando se practican pruebas testificales y periciales, se exige la exacta protocolización de las preguntas y respuestas, muchas veces carentes de sentido.

b) La «cruz» del proceso penal relativo a este tipo de delitos la veo principalmente en los siguientes tres puntos: En primer lugar, sería necesaria una considerable ampliación de los arts. 154 y 154 a) de la Ordenanza Procesal Penal, es decir, de la posibilidad de prescindir de delitos secundarios para poderse concentrar en un delito de relativamente fácil prueba. No sólo debería existir la posibilidad de prescindir de hechos no esenciales, en todo o en parte, sino que, en mi opinión, debería existir asimismo la facultad de terminar el procedimiento respecto de hechos importantes, siempre y cuando la rápida reacción de la Justicia penal fuese capaz de garantizar la paz jurídica. Cuando una persona ha cometido delitos económicos durante diez años, hace falta una labor de investigación

sumarial de muchos años para averiguar todos los delitos cometidos y hacerlos objeto de la acusación. En mi opinión, debería bastar con un solo delito, incluso cuando se sabe o se intuye que éste representa apenas la punta del iceberg, y el 90 % de los delitos cometidos quedará sin sancionar. Tal solución sería, en todo caso, mejor que realizar investigaciones sumariales durante años, celebrar una vista oral de igual duración para obtener, posiblemente, un resultado mínimo, cuando no ridículo. Aquí no hay economía procesal, ni probablemente tampoco Justicia.

El segundo argumento pertenece al Derecho Penal material. Si bien es cierto que la Primera Ley para Combatir los Delitos Económicos del año 1976 (la 2.ª la estamos esperando todavía) nos ha depurado una serie de nuevos supuestos de hecho cercanos a la categoría de las defraudaciones (construidos como delitos de peligro), no se ha hecho aún lo suficiente. Falta, por ejemplo (cuestión muy discutida) la tipificación de la defraudación en las licitaciones. Muchos supuestos de hecho son demasiado complejos, no permiten pesquisas sencillas. He aquí un reto para el legislador, pues sólo las tipificaciones bien delimitadas, con un mínimo de elementos normativos y subjetivos, permiten que las investigaciones sumariales lleguen a ser relativamente sencillas y coronadas de éxito. Esperemos que la Segunda Ley para Combatir los Delitos Económicos nos traiga algo del esperado progreso —para que el Derecho Penal no exista solamente «para los pobres y los tontos».

En tercer lugar, y aun cuando resulte utópico, el Derecho Procesal Penal debería, en determinados casos, sufrir limitaciones en cuanto a los principios de oralidad y de inmediatividad. Estos principios se convierten de por sí en una farsa, cuando, por ejemplo, la vista oral dura dos años. Y ¿es que el Magistrado podrá acordarse de la declaración testifical que ha oído hace dos años? Aquí, el principio de la forma escrita debería sustituir al de oralidad. A menudo es solamente el Magistrado Ponente (y no toda la Sala) quien sabe interpretar sus anotaciones (como ayuda memorística, los Magistrados suelen pagar las fotografías de los testigos) y a menudo los protocolos son muy poco exactos. ¿Por qué no declaraciones por escrito que después son leídas?

¿No podría el proceso penal aquí aprender del proceso civil (que a su vez y con motivo de la Reforma de la vista oral, en 1976, ha tomado ejemplo del proceso penal).

Una reforma total del Derecho Procesal penal alemán, aspiración de muchos años pero seguramente aún muy lejana, debería tener en cuenta también estos problemas y solucionarlos.

4) *Duración de los procesos. Obligación de motivación. Tribunales de Casación.*

No sólo los delitos muy frecuentes pero de poca importancia y los procesos «monstruos» son los culpables de que el procesado tenga que esperar mucho tiempo hasta que se celebre su vista oral. Existen otras causas más, de que los Tribunales señalen las vistas para al cabo de mucho tiempo, es decir, señalan los plenarios muy tarde, vulnerando así todos los principios pedagógico-criminales: La pena debería seguir cuanto antes al delito, pues sólo así recaerá sobre el delincuente tal como era en el momento de delinquir, y sólo así la comprenderá éste y puede que incluso la acepte, y sólo de este modo puede ser restituida la paz jurídica, gravemente perturbada por el delito —así espera la comunidad jurídica que sea la pena.

A continuación se citan solamente dos de las causas procesales culpables del atasco en nuestros Tribunales penales y de las situaciones intolerables a la hora de fijar las fechas de las vistas:

a) Es consabido que el Juez angloamericano ha terminado su labor en el momento de pronunciar la sentencia. Malas lenguas dicen que es entonces cuando comienza la labor del Juez penal alemán. Se trata del tiempo que los Tribunales necesitan para la redacción de las sentencias (y el personal necesario para ello que a menudo tarda semanas en pasar a máquina las sentencias dictadas en dictáfono o redactadas a mano).

En virtud del art. 267 IV de la Ordenanza Procesal Penal disponemos hoy día de la posibilidad de redactar sentencias en forma abreviada y de hacer referencia (incluso en caso de multas pecuniarias) al escrito de calificación provisional, a la denuncia o querrela, cuando se trata de sentencias dictadas por los Juzgados de Distrito, siendo presupuesto necesario que ambas partes hayan renunciado al recurso o hayan dejado transcurrir los plazos para recurrir sin hacer uso de su derecho. Y no se puede decir que ello ocurra a menudo en nuestro país. La voluntad de renunciar a la segunda instancia o a la casación es casi inexistente en los casos en que el procesado tiene contratado un seguro de protección jurídica que sufraga los gastos de interposición de cualquier recurso, por pocas o nulas que sean las perspectivas de éxito, incluidos los honorarios de letrado.

De forma que el art. 267 IV de nuestra Ordenanza Procesal Penal no facilita la marcha de la Justicia. La escasa ventaja que ofrece que ve contrarrestada por la creciente obligatoriedad de motivar las sentencias. ¡Compárese la normativa actual del art. 267 de la Ordenanza Procesal Penal con la que entró en vigor en 1879! Hay que

resaltar el mayor rigor en la obligatoriedad de motivar la graduación de la pena. Tiempos atrás se podía leer a menudo la fórmula escueta de que la pena impuesta es «adecuada pero también suficiente». Hoy, el art. 267 III exige una decidida graduación de la pena, y desde 1975, el Derecho Penal material ha introducido (artículo 46 II Código Penal) una amplia gama de criterios para la graduación de la pena. El precepto procesal y la norma material sobre la graduación convergen en la exigencia de una graduación lo más racionalizada posible, debiéndose plasmar también como tal «en el papel». Esto requiere una gran labor de redacción, tanto más cuanto que en la segunda instancia se impugna asimismo la graduación de la pena efectuada en primera instancia.

b) Y con ello llegamos al segundo capítulo: las exigencias impuestas por los Tribunales de casación, y el temor de los Tribunales de instancia de que sus sentencias sean casadas.

Este temor se hace ya patente en las vistas celebradas en los Tribunales inferiores, en el sentido de provocar retrasos procesales. Ya expusimos con anterioridad que algunos defensores suelen recusar a los Magistrados un sinnúmero de veces, presentando, además, un sinfín de solicitudes de recibimiento a prueba, poco razonables. Todas estas solicitudes deben ser resueltas en el proceso. Gozan de gran popularidad también las quejas respecto de la composición del Tribunal. Si bien las quejas procesales no suelen tener mucho éxito (como lo han demostrado los trabajos de FEZER sobre la Casación ampliada en materia penal, 1974), ello no obsta para que se interpongan con gran frecuencia. Y de esta manera, no sólo se obliga a los Tribunales a cumplir los preceptos procesales (cosa altamente positiva), sino también a elaborar voluminosas motivaciones y a adoptar actitudes de excesiva cautela (lo cual repercute en la duración del proceso y en las motivaciones escritas).

De este modo se retrasan vistas que podrían ser cortas, se crea inseguridad psicológica en los Jueces hasta el límite de lo tolerable, se introduce un excesivo número de testigos y peritos en el proceso y se exigen motivaciones de enorme extensión. ¡Qué Juez penal alemán no envidiará a su colega angloamericano!

En este contexto hay que decir que los Tribunales de Casación no sólo controlan la violación de las normas materiales y procesales, tal como el art. 337 de la Ordenanza Procesal Penal podría hacer creer. Desde siempre, el Tribunal de Casación ha venido controlando también la violación de las reglas del raciocinio y de las máximas de experiencia, es decir, controlan en realidad la fijación de los hechos y la apreciación de la prueba. En los últimos decenios, juegan un importante papel los motivos que impugnan la coherencia de los considerandos, materia controlable por el Tribunal de Casación.

Muchos extremos de esta ampliación de las posibilidades de revisión por los Tribunales de Casación merecen nuestra aprobación, sobre todo en los casos en que falta la segunda instancia para controlar la fijación de los hechos. Pero hay cosas que van demasiado lejos y conducen a que los Tribunales de instancia deben realizar un gran esfuerzo para redactar sus sentencias «a prueba de casación». No es inatacable la sentencia que mejor está redactada desde el punto de vista del Derecho material, sino aquella que ha sido motivada con el máximo esmero, teniendo muy en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal de Casación.

Hasta ahora no han tenido éxito las tendencias reformistas encaminadas a eliminar la segunda instancia y reunir ésta y la casación en un solo recurso nuevo (o casación ampliada). Tampoco cabe esperar para un futuro próximo la unificación de todos los recursos ni la reducción a sólo dos instancias, de todos los procesos penales.

## II. INTENTOS DE REFORMA

Bajo este epígrafe quiero referirme a tres sectores para los que ya existen o se esperan proyectos elaborados y que, a la vez, ofrecen un cierto interés jurídico-político, dejando de lado las modificaciones meramente formuladas (y también mejoras) de la Ordenanza Procesal Penal, cuya aprobación cabe esperar en la presente legislatura (respecto de los proyectos, vid. SCHREIBER, *Strafprozess und Reform*, 1979, y mi recensión en ZRP 79, 238).

### 1) *La posición del letrado-defensor.*

Como ya se ha expuesto bajo el epígrafe I-1), la posición jurídica del letrado-defensor ha variado en los dos últimos lustros, lo que naturalmente ha provocado protestas, e incluso ha llevado a la formulación de proyectos de reforma.

El proyecto más radical procede de la Comisión de Trabajo para la Reforma del Proceso Penal (vid. SPERREN y otros *Die Verteidigung, Gesetzesentwurf mit Begründung*, 1979). Este proyecto prevé la supresión de la tradicional posición bifronte del defensor como asistencia técnica para el acusado de una, y órgano de la Administración de Justicia de otra parte, para reducirla simplemente a la de asistencia para el acusado. Hacia posturas parecidas apuntan las propuestas de WELP (en ZStW 90, 110 (1978)), mientras que el escrito de habilitación de BEULKE (*Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1979) quiere conservar la posición bifronte. Este último trabajo es el más documentado y más reciente.

Mientras que otras propuestas de la Comisión de Trabajo para la Reforma del Proceso Penal merecen ser tenidas en cuenta (por ej., el reforzamiento de la posición del defensor en el procedimiento preliminar, también el reforzamiento de la defensa necesaria y el tema de las costas que deben ser sufragadas por el Estado en una medida más amplia que hasta ahora), la solución que reduce la función del defensor a la pura asistencia del acusado no merece mi aprobación (vid. con más detalle en JZ 79, 656). Ciertamente es que el doble papel del letrado como técnico que asiste al acusado y como órgano de la Administración de Justicia (art. 1 del Estatuto Federal de la Abogacía) conduce y ha conducido siempre a situaciones conflictivas. Pero en mi opinión no se puede reforzar —como así lo quiere la Comisión de Trabajo— la posición del defensor en todas las fases del proceso y hacer de él únicamente el letrado que asiste al acusado, es decir, integrarlo plenamente en el campo del acusado. Si el Abogado se situara allí, no tendría sentido que su posición jurídica se reforzara frente al acusado.

Este es uno de los extremos que siguen suscitando encontradas discusiones. Para no inducir a errores: también yo apoyo el reforzamiento de la posición del defensor, es decir, la continuación de la evolución de los años 50 y 60. Pero creo que ello encuentra su justificación únicamente cuando el letrado-defensor no se coloca en una posición que roza la complicidad con el acusado.

### 2) *Procedimiento no público para delitos de poca importancia y cuando el autor sea confeso. — Otras propuestas.*

Son precisamente los problemas apuntados en el epígrafe I-2) relativos al tratamiento de los delitos muy frecuentes pero poco importantes, que junto con el malestar producido por la solución al amparo del art. 153 a) de la Ordenanza Procesal Penal (imposición de la consecuencia jurídica por el Fiscal, en los delitos contra el patrimonio sin intervención del Juez) han llevado a la Comisión de Trabajo de Catedráticos de Derecho Penal de Alemania y Suiza —denominada «Alternativentwurf - AE» (no idéntica con la Comisión de Trabajo denominada «Reforma del Proceso Penal»), a buscar nuevos cauces procedimentales.

a) Esta Comisión de Trabajo AE, que con motivo de la Reforma de Derecho Penal material pudo influir sobre la labor legislativa, presentó dos proyectos sectoriales:

En 1974, esta Comisión de Trabajo AE publicó un proyecto de ley contra el hurto en tiendas y almacenes (AE, GLD, Serie Recht und Staat, Heft 439, 1974). Nos habíamos decidido finalmente y tras muchas vacilaciones, por una solución civil para los hurtos de poca

importancia, cometidos en tiendas y almacenes, previendo, sin embargo (en el art. 8) la inscripción registral, asegurando, de este modo, que la regulación indemnizatoria global sea aplicable únicamente al delincuente que delinque por primera vez y no ya al reincidente. El segundo hurto de la misma clase sería juzgado por el Juez penal.

Esta propuesta de relegar a segundo término el Derecho penal en los delitos contra la propiedad que se cometen por primera vez fue muy discutido en el 51 Congreso de los Juristas Alemanes, celebrado en Stuttgart en 1976, siendo finalmente rechazada (respecto de mis propios comentarios, vid. Verh. des 51. DJT, Teil N, págs. 69 y ss., 113 y ss.), y parece que con razón en cuanto al resultado, puesto que la cuantía del daño —nosotros proponíamos DM 500—, como importe límite para la aplicación de una sanción meramente civil, fue al parecer demasiado elevada. En estos casos ya no se trata de delitos «de poca importancia». El límite debería haber sido establecido en DM 50 (ver BAUMANN en ZRP 76, 268). Puede que de este modo hubiéramos tenido más éxito con nuestra propuesta.

b) En 1975, esa misma Comisión de Trabajo AE presentó el proyecto de una ley para la regulación legal de los delitos cometidos en el lugar de trabajo (AE, BJG, Serie Recht und Staat, Heft 447/448, 1975). En este caso tampoco se trataba de solucionar la totalidad de la problemática de los delitos de poca importancia en el Derecho penal material, sino de la delimitación sectorial de un determinado grupo de delitos, para los que propusimos asimismo relegar a segundo término el Derecho penal con fin de dar paso a una sanción civil para los delitos de menor importancia cometidos en el ámbito laboral (principalmente, si bien no exclusivamente, hurtos). Efectivamente, hoy día, tales asuntos encuentran su «arreglo» por la vía civil/laboral, es decir, no llegan al conocimiento de los Tribunales penales ni son sometidos a la decisión del Juez penal. Pero, desgraciadamente, no existe actualmente regulación legal alguna en este campo (no así en la República Democrática Alemana), y ello nos pareció intolerable en un Estado de Derecho.

Nuestro proyecto preveía un procedimiento formalizado con determinadas sanciones, fijadas con exactitud (hasta el día carecemos de todo esto en dicho sector), derechos exactamente delimitados de las partes, con disposiciones relativas a la intervención de los órganos estatales de persecución criminal. Desafortunadamente nos equivocamos de nuevo en la delimitación material de la cuantía de los delitos considerados de poca importancia, fijando su importe en DM 500,— cuando, también en este caso, hubiese sido más adecuado bajar el límite superior de los daños a la cuantía de DM 50,—. Nuestra propuesta no ha dado fruto hasta el momento, y la situación, en mi opinión, intolerable para un Estado de Derecho, perdu-

ra y, presumiblemente, perdurará durante algún tiempo más (en contra, BAUMANN, en ZZP 1971, 297).

Por tanto, y tal como se ha venido practicando hasta ahora, los hurtos en los grandes almacenes o bien no serán denunciados o solamente lo serán en los casos de reincidencia, o bien lo serán siempre y en todo caso, según sean las instrucciones de la dirección de cada almacén en particular. En el primero y segundo de los supuestos, la Justicia penal no interviene o interviene tarde, por lo que no puede cumplir con su función pedagógico-criminal. En el tercer supuesto (denuncia en todos los casos), los Tribunales se encuentran desbordados por casos de poquísima importancia. En los casos de hurtos cometidos en el lugar de trabajo, sigue siendo el empresario quien decide si se presenta denuncia o si el asunto es sometido a una regulación interna en el marco de la empresa, realizándose ésta última sin las garantías procedimentales que ofrece un proceso penal, por lo que su aplicación resulta dudosa desde el punto de vista de la política criminal y de los postulados de un Estado de Derecho.

c) El proyecto más reciente de la Comisión AE (Novela a la Ordenanza Procesal Penal, procedimiento penal con plenario no público, 1980) va más allá y se separa de la regulación sectorial de los delitos de poca importancia (hurtos en grandes almacenes, hurtos en el lugar de trabajo, etc.). Pretende proponer un procedimiento a medio camino entre el proceso normal con vista pública y el proceso penal sin vista oral (*Strafbefehlsverfahren*); un procedimiento que podría prescindir también de las dudosas prácticas amparadas en el art. 153 de la Ordenanza Procesal Penal.

A continuación paso a esbozar este proceso (que, por otra parte, será objeto de amplios debates en el próximo Congreso de los Juristas Alemanes DJT):

Los presupuestos de tal procedimiento son: hechos investigados, confesión del acusado y el consentimiento de éste para que el procedimiento sea aplicado. En dicho proceso ante un tribunal unipersonal, sólo cabe imponer penas pecuniarias y penas de privación de libertad hasta un año con remisión condicional (es decir: nunca penas de privación de libertad que deban ser cumplidas). Se prevé que el procedimiento encuentre aplicación en todos aquellos casos en que el proceso penal sin vista oral (*Strafbefehlsverfahren*), escrito en su totalidad, no está indicado por razones de pedagogía criminal, o bien cuando las consecuencias jurídicas del mismo (solamente penas pecuniarias) no sean suficientes.

Como consecuencia jurídica nueva y de poca gravedad se prevé la posibilidad de dictar fallos que contengan condiciones e instrucciones, sustituyendo al sobreseimiento bajo condición al amparo del

art. 153 a) de la Ordenanza Procesal Penal. Las ventajas: la intervención de un Juez y que éste, aparte de estar facultado para imponer condiciones en virtud del art. 153 a) de la Ordenanza, puede incluir también instrucciones de efecto pedagógico-criminal, posibilidad que ya existe, por ej., en la pena privativa de libertad con remisión condicional. Otra ventaja estriba en que el fallo condenatorio no es anotado en el Registro, produciéndose el sobreseimiento definitivo del proceso en el momento de haberse cumplido las condiciones e instrucciones impuestas en el fallo.

Las ventajas de este procedimiento: Se produce una reacción judicial en todo caso, incluso en los delitos de poca importancia, que puede incluso ser eficaz desde el punto de vista pedagógico-criminal. Respecto de la Administración de Justicia supone un cierto ahorro de personal y trabajo, ya que se prescinde de un procedimiento interlocutorio previo y público para determinar la culpabilidad. Así es posible pasar directamente al problema central, que es la determinación de la consecuencia jurídica, que se perfila ya, una vez realizada la labor de investigación y obtenida la confesión del acusado. Aquí es donde debe comenzar la labor de los Tribunales, concentrándose en ello (es decir, en la mejor y más eficaz determinación de la pena) el escaso personal de la Administración de Justicia. El efecto secundario de tal regulación es la ausencia de la presión psicológica producida por un plenario público. El principio de la publicidad es abandonado solamente allí donde sus resultados son negativos, es decir, en la discusión sobre la graduación de la pena. La pérdida de publicidad en este caso no es mayor que la que se produciría con la introducción del acto interlocutorio (que se reclama de manera generalizada). En el caso del autor confeso, se pasa directamente al proceso interlocutorio posterior (cuya no publicidad parece ser tema indiscutido).

Se ha previsto un número suficiente de garantías legales. El acusado puede, en todo momento, exigir que su causa sea llevada por el procedimiento normal y público. El proceso penal sin juicio oral (*Strafbefehlsverfahren*) ha sido ampliado por la posibilidad de imponer condiciones e instrucciones en el fallo. Un elevado número de preceptos procesales ha tenido que ser modificado o adaptado, habiendo sido la meta, en todo momento, el reforzar el componente Estado social, así como la posibilidad de cooperación, sin erosionar los postulados de un Estado de Derecho.

Este proyecto deberá ser sometido a debate (también en el próximo Congreso de los Juristas Alemanes (DJT)), y muy probablemente será todavía susceptible de mejoras. Pero una cosa no debemos hacer: simplemente no reaccionar y cerrar los ojos ante estos proble-

mas, si bien es necesario examinarlos detenidamente y evitar reformas precipitadas.

### 3) *El auto interlocutorio de culpabilidad.*

a) La división del plenario en dos fases, el procedimiento interlocutorio previo (*Präinterlokutverfahren*) y público para determinar la culpabilidad o los hechos, terminado por auto interlocutorio de culpabilidad, y el procedimiento interlocutorio posterior (*Postinterlokutverfahren*) y no público para la efectiva determinación de la pena es uno de los temas para el que, de modo casi unánime, se reclama una reforma. Suelen reconocerse las ventajas de tal división, del auto interlocutorio de culpabilidad, pero existen divergencias en la apreciación de los pormenores.

También la Comisión de Trabajo AE está elaborando, desde finales de 1980, un proyecto de ley cuya ultimación se espera para el otoño de 1982, estando prevista su publicación para la primavera de 1983.

b) Con objeto de no adelantarme a mis compañeros de la Comisión AE, he aquí solamente unas breves notas relativas a la problemática y las posibles soluciones que se apuntan:

La primera de las cuestiones es la del ámbito de aplicación de este procedimiento interlocutorio. La orientación de nuestras reflexiones apunta a que tal procedimiento debe ser aplicado siempre —si bien de modo simplificado— en aquellos casos en que son competentes los Jueces de Distrito, en los que el procedimiento y la pena carecen de especial importancia (principio de economía procesal).

La segunda de las cuestiones problemáticas la constituye la elección de uno de los dos modelos hasta ahora debatidos: el procedimiento interlocutorio sobre la culpabilidad o el procedimiento interlocutorio sobre los hechos. Aquí se trata, entre otras cosas, de la cuestión de los «hechos doblemente relevantes» y de la cuestión en cuál de las fases debe ser examinada la imputabilidad. Nuestras reflexiones se orientan hacia el tratamiento conjunto de todas las cuestiones relacionadas con la culpabilidad en la primera fase, excepto de aquellas que están demasiado estrechamente relacionadas con la graduación de la pena (arts. 20, 21 CP), aun cuando la regulación concreta (con excepciones) tendrá un carácter algo más complejo.

Está prevista la imposibilidad de impugnación autónoma del auto declaratorio de la culpabilidad (fórmula del fallo: el acusado ha cometido..., etc.), es decir, sólo cabe la impugnación de la sentencia en su conjunto, sentencia que se dicta al término del procedimiento

interlocutorio posterior. No se prevén cambios en la composición del Tribunal, es decir: no inclusión de peritos. El mayor esclarecimiento de la personalidad, necesario para la graduación de la pena en la segunda fase de la vista, se logrará mediante una mayor ayuda judicial.

Hay que encontrar, asimismo, una solución para el problema del «mejor ambiente» en el procedimiento interlocutorio posterior, el problema de la vista al estilo mesa redonda. Nuestra intención es dejar que el propio Juez decida en cada caso cómo llevar a cabo el procedimiento interlocutorio. Con este sistema, SCHREIBER y SCHÖCH lograron buenos resultados en sus ensayos prácticos en Gotinga. Sin embargo, ha sido rechazada la liberalización de la prueba en la segunda fase de la vista (encaminada hacia la prueba libre).

Respecto del problema de la vinculación del Tribunal el auto interlocutorio de culpabilidad, se vislumbra una solución que, si bien prevé la vinculación, prescinde, no obstante, de la misma en casos excepcionales, específicamente determinados (hechos nuevos, etc.). Una regulación semejante está prevista para la solicitud de recibimiento a prueba (admisible sólo en determinados casos excepcionales contra el auto interlocutorio de culpabilidad).

En cuanto al auto de apertura del juicio oral en su forma actual, habrá que suprimirlo. El Tribunal, recibida la denuncia, la podrá inadmitir únicamente en el caso de existir obstáculos procesales o cuando la denuncia no esté en regla o no resulte concluyente. De no ser así, la resolución será de que «el proceso se llevará a cabo» (de este modo se evita la impresión de pre-condena que produce el auto de apertura en su forma actual).

Otras propuestas, importantes desde el punto de vista político-jurídico se refieren: al llamado «interrogatorio cruzado», a la limitación del conocimiento de los autos por parte del Tribunal (sólo el Presidente y un Magistrado-Ponente como posible solución), a la protocolización del contenido (eventualmente grabación en cinta magnetofónica, por ej., en el caso del interrogatorio cruzado), a la posibilidad de que el Juez dé instrucciones para el cumplimiento de la pena (no en el fallo, sino en los considerandos).

Pero todos estos temas están íntimamente relacionados y siguen siendo objeto de debate, que en este caso, es de especial importancia, ya que este proyecto de modificación es uno de los de mayor trascendencia para nuestra Ordenanza Procesal Penal, ya algo anticuada.

### III. NECESIDAD DE OTRAS REFORMAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Lo arriba expuesto no quiere decir que no hicieran falta ulteriores reformas. ¡Al contrario! Para finalizar, quisiera referirme a algunos extremos que, desde el punto de vista político-jurídico, me parecen cobrar especial importancia (sobre la abundantísima literatura; RIESS, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts*, en Festschrift für Schäfer, 1979, págs. 155 y ss., con interesantes directrices relativas a los problemas más importantes, págs. 192 y ss.). Estos puntos deberían ocupar un lugar preeminente en las esperadas reformas parciales, siendo así que parece muy probable que una reforma total de la Ordenanza Procesal Penal pasará por muchas reformas parciales. Pero hace falta fijar las metas desde ya con vistas a una reforma total, y las reformas parciales deberán tener en cuenta la tendencia hacia una nueva y más moderna Ley Procesal Penal.

#### 1) *La regulación legal de la prisión provisional.*

Está muy necesitada de reforma. Más arriba se han apuntado ya los escasos resultados obtenidos en las reformas efectuadas. La prisión provisional, en muchos casos, se decreta innecesariamente (un ejemplo de ello son los acontecimientos de Nuremberg!) y se prolonga demasiado en el tiempo, debido a la larga duración de los procesos. El cumplimiento de la prisión provisional debe recibir una regulación eficaz en condiciones dignas de un Estado de Derecho (problemas: minimización de las limitaciones debido a la presunción de inocencia; ofertas de socialización por imputarse el tiempo que dura la prisión provisional a la pena que más tarde se impondrá; distribución de la competencia entre el establecimiento penitenciario y el Juez encargado de vigilar la ejecución de la pena).

#### 2) *Posición de la Fiscalía del Estado y del Letrado-defensor.*

La posición de la Fiscalía del Estado en el proceso está muy necesitada de reforma, siendo así que no se trata solamente de cuestiones relacionadas con el derecho de dictar instrucciones (que debe ser mantenido), sino que es necesario asegurar que la Fiscalía del Estado sea, en todo momento, dueño de la instrucción, o vuelva a serlo. Se refiere esto especialmente a las relaciones con la Policía. Si la Fiscalía del Estado ha de ser plenamente responsable de la fase de instrucción, le debe corresponder una mayor participación en la labor de instrucción, con lo que se hace referencia, por ejem-

plo, a la utilización de los bancos de datos de la Policía (a los que la Fiscalía, hoy por hoy, no tiene acceso directo). También en este sentido debe ser reivindicado el pleno control sobre la Policía por parte de la Fiscalía del Estado.

Más arriba ya se apuntó la necesidad de mejorar la posición del Letrado-defensor, siendo yo plenamente consciente de que tal mejora debe ir acompañada de un mayor rigor y una actualización de los tribunales de honor, en especial, se trata de modificar las normas procedimentales de los arts. 116 y ss. del Estatuto Federal de la Abogacía (BRAO) de forma tal que a través de los Tribunales de honor sea posible ejercer influencia eficaz sobre el ejercicio intachable de la profesión. Sin embargo, parece evidente que no se podrá prescindir del todo de los preceptos relativos a la separación del cargo (arts. 138 a) y ss. de la Ordenanza Procesal Penal), si bien su aplicación podría entonces quedar más limitada.

### 3) Estructura tripartita de los Tribunales.

Cuando se haya curado la «enfermedad de la prisión preventiva» y logrado con éxito la mejora de la posición jurídica de la Fiscalía del Estado y del Letrado-defensor (eventualmente con recortes en el papel demasiado reforzado e inquisitorio que tiene el Juez en el proceso alemán), entonces habrá que reanudar la discusión sobre la estructura de los Tribunales y las instancias en materia penal. Pero dudo que este debate, que nos viene ocupando ya desde hace tiempo, llegue a dar frutos en un futuro inmediato. La problemática es demasiado compleja y depende, por ejemplo, también de una nueva organización de las instancias en materia civil.

¿Queremos eliminar el Juzgado de Distrito o la Audiencia Provincial? Mientras que hasta ahora, muchos votos apoyaban la supresión del Juzgado de Distrito (en tal caso, las instancias serían: Audiencia Provincial (Landgericht) — Tribunal Regional Superior (Oberlandesgericht) — Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof), parece ser que últimamente prevalezca la opinión de que son precisamente los pequeños Juzgados de Distrito, a veces con muy pocos jueces, pero próximos a los hechos y al ciudadano, los que ofrecen numerosas ventajas respecto de las grandes «fábricas de Justicia». Así pude, durante el período en que desempeñé mi cargo en Berlín, frenar un poco la paulatina muerte de los pequeños Juzgados de Distrito. ¿Pero, de qué forma se quiere prescindir de las Audiencias Provinciales?

¡Demasiados problemas sin solución!

Además, en mi opinión, la segunda instancia ha dado buenos resultados en los asuntos de menor importancia. Esta ha sido la razón

por la que, junto con otros miembros de la Comisión Federal para la Política Jurídica del partido en cuyas filas milito, haya yo abogado vehementemente y con éxito por el mantenimiento del recurso ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial. No nos pareció oportuno que por meras razones de simetría, se suprimiera una instancia que había dado buenos resultados.

En estrecha relación con este tema se encuentra el problema de la casación ampliada. En los asuntos que en primera instancia competen a la Sala de lo Penal (exceptuemos ahora la primera instancia ante el Senado de lo Penal del Tribunal Superior Regional), sólo se admite la casación, es decir, la revisión del Derecho, por un Senado del Tribunal Superior Federal. Precisamente los procesos «monstruo», tratados bajo el epígrafe I-3) (en el futuro ante todo en asuntos económico-penales) no permiten la introducción de una segunda instancia para la revisión de los hechos (por ej., recurso ante un Senado de lo Penal de un Tribunal Superior Regional). Los procesos se alargarían aún más y la sentencia firme no se dictaría ya en vida de los autores del delito. Entonces —¿ampliación de la casación? O quizás (y referente a ello FEZER, *Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen*, 1975, págs. 289 y ss.) ¿la introducción generalizada de un recurso de apelación restringido? (con un derecho restringido de novación). En tal caso deberían quedar excluidas de la casación todas las posibilidades de revisión que, en el ámbito fáctico, han sido creadas por la Jurisprudencia (ver antes I-4)), es decir, debería quedar limitada la casación únicamente al examen de las cuestiones jurídicas.

*Quot homines, tot sententiae*, para citar a Cicerón, y no cabe esperar que exista una solución que satisfaga a todos y sea capaz de eliminar todas las desventajas.

### 4) Unificación de los Derechos procesales.

Para citar un último punto, que me interesa especialmente (vid. *Festschrift für Baur*, 1981, págs. 187 y ss., con más bibliografía):

Para lograr una reforma total de nuestra Ordenanza Procesal Penal, es necesario recordar también «lo superfluo», resultado del desarrollo aislado de nuestros Derechos procesales en el transcurso de un siglo. Ciertamente es que todo Derecho procesal, es decir, Derecho para la aplicación del Derecho, debe inspirarse en los principios básicos del Derecho material a aplicar en cada caso. Pero sólo esto hace (vid. BAUMANN, *Grundbegriffe Strafprozess*, 3.ª edic., 1979; *Grundbegriffe Zivilprozess*, 2.ª edic., 1979). Allí donde existen problemas comunes de determinación del Derecho material, los preceptos procesales —civil y penal— no deberían distanciarse innecesariamente los

unos de los otros. Al fin y al cabo, existen modelos de una regulación procesal uniforme para el proceso penal y el civil, piénsese en el caso de Suecia.

Ello se viene reclamando desde mediados de los años 50, pero no se ha conseguido nada, excepto quizás que (vid. arriba) el proceso civil ha vuelto a descubrir la importancia de la vista oral para el esclarecimiento y la delimitación del objeto litigioso. Parece que pronto se logrará la unificación de los tres procedimientos administrativos (contencioso-administrativo general, procedimiento ante la Jurisdicción social y ante la financiera), pero de momento, no ocurre nada parecido en el ámbito de las demás leyes procesales.

Todo ello significa que también en este campo nos aguardan enormes tareas, casi demasiadas, para una sola generación de juristas, no obstante necesitadas de ser abordadas si pretendemos mejorar sustancialmente la situación actual del proceso penal en Alemania, siendo ésta nuestra obligación tanto para combatir la delincuencia como en interés de la Justicia, pero ante todo, en aras de una eficacia real de nuestro ordenamiento jurídico, en aras de la paz jurídica y de las personas que bajo ella viven.

## MEMORIA SOBRE EL ESTADO Y ACTIVIDADES DE LA JUSTICIA DE 1982

I. — El Consejo General del Poder Judicial ha dado a la luz pública la segunda Memoria. Su lectura suscita tanto interés como la primera («Justicia 82», I, págs. 224-7). Confiamos en que sea más útil que aquélla.

No es casualidad que esta Memoria de 1982 atienda, casi en primer lugar, a resaltar las respuestas que provocó la de 1981. Las memorias del Consejo tienen como destinatarios legales, según el art. 4 de la ley orgánica de 10 de enero de 1980, las Cortes Generales y el Gobierno, y es, no ya conveniente, sino necesario, saber qué respuesta obtuvo la primera. De entrada hay que advertir que puede, sin exageración, hablarse de falta de respuesta.

El Senado se limitó a acusar recibo y a agradecer el envío (no consta si el Consejo General del Poder Judicial, cumpliendo la cortesía elemental, replicó con un «de nada; a mandar»). El Congreso permaneció mudo hasta que el 26 de abril de 1982, prácticamente un año después de la remisión, el Grupo Socialista solicitó de la Mesa de la Cámara que se procediera a dar trámite a la Memoria en la Comisión de Justicia, invitando al presidente del Consejo para que, ante dicha Comisión, hiciera la presentación de aquélla. Así se hizo el 16 de junio de 1982 (no olvidemos que la primera Memoria se fechó el 30 de mayo de 1981). Pero la respuesta no está en las palabras sino en los hechos, y de ellos hay que destacar dos: el proyecto de ley Orgánica del Poder Judicial no ha tenido trámite parlamentario alguno, durmiendo en alguna dependencia de la Cámara Baja el sueño de los injustamente olvidados, y en los Presupuestos Generales del Estado para 1982 no se introdujo modificación alguna, sobre Administración de Justicia, en el proyecto presentado por el Gobierno.

La respuesta del Gobierno ha sido muy simple: no ha contestado, ni siquiera con buenas palabras. No ha existido deliberación en el

Consejo de Ministros sobre la Memoria, ni el ministro de Justicia ha formulado observación alguna, no ya para asumir sus postulados, sino ni siquiera críticamente. La Memoria para el Gobierno no ha existido. A esta conclusión hay que llegar igualmente si atendemos a los hechos. Sobre las necesidades insoslayables e impostergables de la Justicia a que se refería la primera Memoria, ¿qué ha hecho el Ministerio de Justicia?

Atendamos en primer lugar al Presupuesto, y recordemos que en 1981 el tanto por ciento del mismo destinado a gastos judiciales ascendía al 0,775. Para 1982 ese tanto por ciento se sitúa en el 0,779. Constatemos que no ha continuado la tendencia a disminuir que se registraba en los últimos años, pero que tampoco ha subido prácticamente.

En segundo lugar, y con relación a lo que se denominaba instrumentos legislativos, ya hemos señalado la situación del proyecto de ley Orgánica del Poder Judicial, y añadamos ahora que de las leyes de enjuiciamiento Civil y Criminal ni siquiera hay noticias, que de la nueva demarcación judicial no hay ni atisbos y que, por referirnos a un aspecto concreto, la iniciativa legislativa del Consejo General, formulando el 8 de enero de 1982 un proyecto de reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil (que puede verse en «Poder Judicial», 2, págs. 118-32, y en Boletín de Información, 1), no ha sido asumida por el Gobierno.

Qué de extraño tiene, pues, que se afirme en la Memoria que comentamos (pág. 30): «El Consejo no sería leal a sí mismo si no dejara constancia de que al año de la publicación de la Memoria, se opina generalizadamente en los medios judiciales que no se han producido resultados en la medida fundamentalmente esperada, y que el servicio de la justicia sigue siendo insatisfactorio.» Lo que en realidad es decir muy poco, pues en el año de referencia no se ha producido cambio alguno sobre la situación anterior, salvo el del agravamiento por el transcurso del tiempo sin poner remedios.

II. — Haremos después algunas alusiones a aspectos concretos de la Memoria, pero creemos imprescindible resaltar la sensación que para un lector de buena fe produce la lectura de sus páginas iniciales, las de Introducción (págs. 9-15). Creo que hay que decir, de entrada, que esas páginas suponen la denuncia de una confrontación entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia. Cuando hay necesidad de afirmar, por ejemplo, que «el Consejo ha llegado a la convicción de que le corresponde, en plenitud, la presentación de la política judicial ante la máxima representación del pueblo, es decir, ante las Cortes Generales», o bien que «la propia dinámica democrática de la Constitución hacen radicalmente inhábil al poder ejecutivo para formular y conducir la política judicial»

(pág. 11), es porque el principio ha sido negado. Los interdictos de retener o de recobrar la posesión tienen sentido en su ejercicio, únicamente cuando se ha perturbado o despojado al poseedor.

Si esa situación de confrontación se ha producido —y espero que nadie la negará—, no se comprende su ocultamiento o, por lo menos, su atenuación o disimulo. En lugar de limitarse a insinuar el riesgo de que el poder ejecutivo no esté sirviendo a la justicia sino sirviéndose de ella, el Consejo debería haber puesto de manifiesto, con claridad y sin medias palabras, en qué medida el Gobierno ha sido sensible al deterioro de la Administración de Justicia y, sobre todo, si ha opuesto resistencia a la asunción por el Consejo de sus funciones, pretendiendo conservar reductos de poder.

Es cierto que para los que se desenvuelven profesionalmente en el ámbito judicial, las medias palabras, la insinuación, puede ser bastante para darles a conocer el estado de las relaciones entre el Consejo y el Gobierno, pero las memorias no tienen a éstos como destinatarios naturales. Las memorias se dirigen a los representantes del pueblo español y, por lo tanto, al mismo pueblo, y en un sistema democrático como el configurado en la Constitución, los ciudadanos tienen derecho a ser puntual y completamente informados de las relaciones entre los distintos poderes del Estado.

Desde su constitución el 23 de octubre de 1980 el Consejo se ha lanzado a una encomiable tarea: sacar a la justicia española del abandono en que se encuentra, y ello con el fin de hacer efectivo el derecho a la jurisdicción, el derecho a la tutela de los jueces y tribunales, plasmado en la Constitución. En su primera Memoria, después de analizar la situación de la administración de justicia, llegó a la conclusión de que ésta padece «una serie de disfunciones graves», y proponía soluciones inmediatas y urgentes.

De la lectura de la segunda Memoria se desprende que ninguno de los objetivos señalados se ha alcanzado, que todo el trabajo y esfuerzo del Consejo ha quedado en el vacío. Así las cosas al pueblo español le interesa conocer las causas que han paralizado las reformas propuestas por el Consejo. Si éste estima que «la palmaria deficiencia de organización y su funcionamiento (de la justicia), tiene remedios al alcance de la mano y con perfiles conocidos» (pág. 14), lo que interesa es saber por qué no se han puesto en marcha los remedios. Unos ejemplos: nos interesaría saber qué opina el Consejo sobre si la ley de 10 de enero de 1980 desarrolla correctamente el artículo 122 de la Constitución, estableciendo un verdadero Poder Judicial; si el artículo 2 de la Ley citada, y las competencias decisorias que le atribuye son suficientes para constituirle efectivamente en órgano de gobierno del Poder Judicial; o si el artículo 6 ha sido incorrectamente interpretado, atribuyéndose el Gobierno funciones que no le corresponden.

El Consejo, y los que hemos seguido las memorias, tenemos los datos más completos de que jamás se haya dispuesto sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia. Sabemos así que no funciona, y al mismo tiempo sabemos por qué. La Constitución marca el objetivo final a conseguir, y las soluciones dependen de que exista una clara y decidida voluntad política. El Consejo debería decirnos si voluntad política ha existido en las Cortes y en el Gobierno, y si no ha existido —como nosotros creemos— decirselo claramente al pueblo español.

Existe el evidente riesgo de que el Consejo se convierta en plañidera. De que se limite a ser órgano de lamentación de las «disfunciones» de la justicia española frente a un muro indiferente. Ahora acompaña al enfermo; esperemos que no tenga que amortajar al difunto.

III. — Pero el comentario de la Memoria de 1982 quedaría incompleto si no nos refiriéramos al discurso de apertura de los tribunales pronunciado, el 15 de septiembre del mismo año, por el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (Boletín de Información, año II, número extraordinario, octubre de 1982).

En nuestra opinión las intervenciones públicas del Sr. Sáinz de Robles se caracterizan por poner de manifiesto claridad de ideas y llaneza de exposición; virtudes más importantes, sobre todo la última, de lo que pudiera parecer, en un mundo que ha perdido el norte y que pretende ocultarlo con un hablar rebuscado. Como nada le debemos ni nada esperamos de él (en el plano personal, se entiende), podemos decir con la misma claridad que su elección fue un acierto y que viene desempeñando sus altos cargos con indudable dignidad y con envidiable y noble pasión por la Justicia.

El discurso se titula «La hora crítica de la Justicia», y parte de reconocer que la Memoria de 1982 «sigue la impolítica existente y lanza sólo partes apremiantes». Lo más destacado de él es la afirmación de que en España no ha existido ni existe una política judicial; se ha venido poniendo parches, se ha hecho frente a necesidades de urgencia social, pero no se han marcado unas pautas y unos objetivos concretos que respondan a unas necesidades concretas y perfectamente examinadas. Después de la Constitución y de la Ley Orgánica del Consejo, corresponde a éste determinar esa política y se ha propuesto elaborarla y ofrecerla a quien tiene que decidir si la acepta o no.

Este es el punto clave. El Consejo no se ha configurado en la Constitución para lanzar «partes apremiantes», ni para sudar o llorar junto a nuestra Justicia enferma. El Consejo se ha creado para

governar, y ello implica determinación de objetivos y elección de medios. Si el Consejo no gobierna carece de razón de ser. Desde esta perspectiva debe interpretarse el art. 6 de la Ley Orgánica. El Gobierno de la Nación, aunque ello altere el esquema mental de los políticos, está en este ámbito al servicio del Consejo, porque ello supone servir a la Justicia.

La reivindicación hecha en la Memoria y en el Discurso de que al Consejo corresponde formular la política judicial, no es bastante; no diré que ello es obvio, dado los obstáculos y negaciones que debe superar, pero sí que es jurídicamente indiscutible, aunque los detentadores del poder político se resistan a perder parte de ese poder. Con todo, lo importante no es discutir a quién corresponde dirigir la política judicial, lo importante es realizar un proyecto coherente de fines y de medios, ofrecerlo al pueblo español y volcar en su realización voluntad decidida, trabajo esforzado y el peso de un prestigio ganado en el ejercicio diario de la función.

Dos palabras sobre lo que representa la ausencia del ministro de Justicia del acto de apertura de los tribunales: se ha ganado la primera batalla. A partir de aquí el Ejecutivo puede empezar a darse cuenta de que el judicial es realmente un poder dentro del Estado.

IV. — Para concluir, creemos que pueden destacarse algunos aspectos concretos de la Memoria. Podríamos referirnos a muchos, pero nos limitaremos —por razones evidentes— a unos pocos.

De especial interés resulta el informe sobre «Actitudes de los españoles ante la Administración de Justicia», del que se ofrece un resumen (págs. 127-33), y sobre todo el punto relativo al restablecimiento del jurado. La actividad de los encuestados se resume en una frase: «Jurado sí, pero no conmigo en él», lo que es muy revelador y debe condicionar la regulación que se haga en el futuro.

En estos momentos es especialmente oportuna la afirmación (página 92) de que las tasas judiciales representan solamente entre el 2,4 y el 7,5 por ciento del coste total de los procesos, por lo que la «supresión de las tasas judiciales poco tiene que ver con la deseable gratuidad de la justicia». Oportuna, porque en el programa electoral del Partido Socialista Obrero Español, y bajo el epígrafe «Establecer la gratuidad de la justicia», se promete proceder a la eliminación de la tasa judicial.

Los anexos estadísticos serían mucho más útiles si ofrecieran, además, números globales. Para saber, por ejemplo, el número de asuntos resueltos por las dieciséis Audiencias Territoriales en conjunto, tiene el lector que hacer la suma correspondiente, y lo mismo ocurre con todos los órganos judiciales, salvo respecto del Tribunal Supremo.

En la Memoria de 1981 (págs. 189-90) se establecían unos módulos aproximativos del trabajo óptimo de juzgados y tribunales, módulos que, sobre todo en sus máximos, no pueden compartirse si se tiene experiencia judicial, por leve que ésta sea. De hecho el propio Consejo se ha visto obligado a contradecirse, propugnando la dotación de plazas de magistrado o la creación de juzgados, incluso allí donde no se ha alcanzado el trabajo señalado como máximo. Y es que es imposible hacer anualmente, con la dignidad imprescindible, ciento setenta y cinco ponencias por magistrado en una sala de lo civil de Audiencia Territorial, o dictar un magistrado de trabajo cuatrocientas cincuenta sentencias. Materialmente puede hacerse, pero los resultados no serán satisfactorios. En ocasiones se ha hablado de crisis de fundamentación de las resoluciones, y la crisis es cierta, pero también lo es que no puede esperarse lo imposible con el volumen de trabajo que actualmente agobia a nuestros tribunales.

Problema trascendente, que la Memoria se limita a apuntar, es el de las prerrogativas de la Administración en la ejecución de sentencias. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de junio de 1982, que se cita en la propia Memoria (pág. 91), pone en su debido lugar el principio de legalidad presupuestaria, pero escamotea el tema fundamental, el de si los artículos 117.3 y 24.1 de la Constitución han supuesto la derogación de todo el sistema de ejecución de sentencias establecido en la ley de la llamada Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Otros muchos aspectos parciales podrían ser destacados, pero nuestro objetivo ha sido simplemente informar y llamar la atención sobre la existencia de la Memoria, incitando a su lectura, aunque en esta labor no podían faltar, y no han faltado, atisbos críticos.

Desde mi posición personal las críticas son producto de la desilusión; de ver cómo pasan los años y la justicia española sigue abandonada; de ver cómo el autogobierno prometido en la Constitución ha sido desvirtuado en la ley de desarrollo y en la práctica; de ver cómo el Consejo General del Poder Judicial está siendo reducido a comparsa por los verdaderos detentadores del poder político. El cambio de partido y de personas en ese poder, ha abierto una última esperanza. Todavía podemos esperar.

J. M. A.

## PROCESAL LABORAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER  
Profesor Adjunto Contratado de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

### SUMARIO:

1. Partes. — 2. Demanda. — 3. Excepciones. — 4. Prueba. — 5. Acta del juicio. — 6. Sentencia. — 7. Terminación del proceso: desistimiento. — 8. Efectos del proceso. — 9. Medios de impugnación. — 10. Recurso de casación. — 11. Recurso de casación por infracción de ley. — 12. Recurso de casación por quebrantamiento de forma. — 13. Proceso de revisión. — 14. Proceso por despido. — 15. Proceso de Seguridad Social.

### 1. PARTES

#### CAPACIDAD DE POSTULACIÓN PROCESAL.

S 8 octubre 1981 (RA 3716)

*El TS estima falta de personalidad del actor en base a que el poder otorgado por el Presidente de una Mutua laboral a un Jefe administrativo para representar por sí o por medio de abogados y procuradores ante los Tribunales y Magistraturas, sólo faculta a estos profesionales en defecto de dicho Jefe, no a terceras personas.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recurrida de la Magistratura de Trabajo núm. 1 de las de Valencia estima la

falta de personalidad en el actor, por no acreditar la representación con que reclama, y se abstiene de entrar a conocer del fondo de la demanda formulada, con fundamento en el hecho de que el poder presentado por quien acciona en nombre de la «Mutua Industrial de Vizcaya, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo núm. 243», autorizado por Notario el 5 diciembre 1969, le fue otorgado por el Jefe Administrativo de la indicada Mutua en base de sus poderes, también notariales, autorizados con el núm. 2.618 del protocolo fedatario el 29 de 1968 (sic.), que él, a su vez, había recibido del Presidente de la citada Entidad, en los que la conferían facultades para que, en nombre de la misma, bajo el carácter de Apo-

derado, pudiera hacer uso de las siguientes facultades: «Cuarta.— Representar a la Entidad y a sus Asociados, por sí o mediante Abogados o Procuradores en quien al efecto delegue en cada caso concreto o especialmente ante el público, funcionarios, autoridades, entidades, organismos, Juzgados, Magistraturas y Tribunales de todo orden y jurisdicción...».

Que el primer motivo de casación formalizado por la Entidad recurrente, al amparo del núm. 1 del art. 167 del Texto Procesal Laboral, alega violación, por la Sentencia recurrida, de los arts. 1.281 y 1.284 del C. Civ., reguladores, junto a otros, de la interpretación de los contratos y en los cuales, respectivamente, se dispone la interpretación literal de las cláusulas del contrato, si sus términos son claros y no dejan duda sobre el propósito de los contratantes, con prevalencia de éste, en el supuesto de que las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los otorgantes; precisando, asimismo, que si alguna cláusula de los contratos admitiera diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos. Esta normativa no ha dejado de tenerse presente en la sentencia recurrida, puesto que es claro y terminante que el Presidente de la Mutua, en uso de las facultades que le había conferido la Junta Directiva de la misma, facultó al Jefe Administrativo para que «por sí o mediante Abogados o Procuradores en quienes al efecto delegue en cada caso concreto, especialmente representara a la Mutua y a sus asociados», sin que exista ningún indicio, siquiera leve, para admitir que dicho texto es contrapuesto a la intención de la Junta Directiva que facultó a su Presidente para apoderar a otras personas a fin de que pudieran ostentar su representación legal y procesal, ejerciendo tal representación por sí misma o mediante Abogados o Procuradores, pero sin que sea dable entenderse que esas personas, que recibían el apoderamiento del Presidente de la Mutua, pudieran a su vez sustituir las facultades reci-

das en personas distintas a las que específicamente se les señalaba en el poder y con el ámbito específico y concreto con que se le señalaba. En el caso que nos ocupa, solamente el Jefe Administrativo de la Mutua podía actuar por sí en el ejercicio de las facultades enumeradas en la ordinal cuarta de la escritura pública de apoderamiento, mientras que quienes de él recibirían la sustitución en esas facultades deben ser, por expresa, clara y terminante precisión de la Entidad poderdante, Abogados o Procuradores, los profesionales que en nuestro ordenamiento procesal tienen, precisamente —y aquí son de aplicar los dictados del art. 1.284 del C. Civ.—, encomendada la defensa y la representación en los conflictos judiciales, por lo que interpretar la escritura de apoderamiento en el sentido de que el Jefe Administrativo, Apoderado con determinadas facultades sólo podía sustituir los enumerados en el ordinal cuarto en personas ejercitantes como Abogados y Procuradores, es una interpretación armónica y consecuente para el instrumento público en el que consta la voluntad de la Entidad pueda producir plenos efectos jurídicos.

Que en base de los fundamentos expuestos debe rechazarse el motivo tercero del recurso, en el que, con el mismo amparo procesal, la Entidad Gestora atribuye a la sentencia recurrida violación del art. 1.721 del Código Civil. Además, es que la simple lectura de este precepto y su contraste con lo resuelto por el Magistrado de instancia pone de relieve que éste ha aplicado debidamente su contenido, puesto que si, según queda expuesto, la Mutua, por medio de su Presidente, facultó a su Jefe Administrativo para representarla por sí o mediante Abogados o Procuradores, de manera terminante y clara, limitaba sus posibilidades de sustitución a unos profesionales concretos y no a otros o a personas diferentes de las que pudieran ejercer debidamente las enunciadas profesiones. De aquí que si la persona que suscribió la demanda inicial de este pro-

ceso no es ni Letrado ni Procurador ni recibió delegación para este caso concreto (según reza el poder originario), no concurrían en él las condiciones objetivas que le tipificaban como destinatario idóneo de la sustitución de poder que se efectuaba, careciendo en consecuencia de posibilidad, con arreglo a Derecho de presentar ese instrumento público como título válido para la representación procesal de la Mutua.

Que por el mismo cauce procesal que los dos anteriores, en el motivo tercero la actora-recurrente atribuye violación del art. 72 del Texto Procesal Laboral a la sentencia recurrida, exponiendo que el Magistrado «a quo» no cumplió con el mandato que al efecto se contiene en el art. 72 de la L. Pro. Laboral. Tal infracción no pudo darse, ya que la falta de representación suficiente para la legitimación activa estimada fue planteada en el acto del juicio oral por las partes demandadas, cuya resolución por mandato del art. 76 del mismo Texto debe hacer el Magistrado en la sentencia; máxime, además, que la insuficiencia de poder no es un defecto u omisión integrado en la redacción de la demanda, según claramente evidencia la lectura del art. 71 de la L. Proc. Lab., respecto del cual, por mandato del artículo 72, deba advertir el Magistrado para su subsanación. Razones todas las expuestas que determinan, tal y como postula el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, con los pronunciamientos complementarios que impone el art. 176 de la Ley Procesal Laboral.

## 2. DEMANDA

ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES; REQUISITOS.

S 12 mayo 1981 (SA 2252)

*La acumulación de pretensiones solamente es posible, en un proceso por despido, si las demás pretensiones tie-*

*nen la misma naturaleza, en base al art. 16 LPL.*

CONSIDERANDO: Que los trabajadores recurrentes en la súplica de su demanda inicial del procedimiento que ha dado origen al presente recurso, postulan en primer término, como pretensión principal, la de que se declaren nulos todos los despidos de que han sido objeto y, en su consecuencia, que se condene en forma solidaria a las dos empresas demandadas a readmitir a todos y cada uno de ellos en sus habituales puestos de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir hasta que la readmisión tenga lugar, pese a lo cual han solicitado la acumulación del proceso al seguido de oficio ante la misma Magistratura de instancia con la sola finalidad de concretar la cantidad que cada uno de los recurrentes ha de percibir a virtud de resolución firme recaída en expediente sobre regulación de empleo, pretensión desestimada tanto en su día por la Magistratura «a quo», como por esta Sala en su Auto de 3 diciembre 1980, pero que se reitera en el primero de los motivos del recurso, en el que, con amparo procesal en el número 1.º del art. 167 del Texto Regulador del Procedimiento Laboral se cita como infringido por el concepto de violación, el art. 19 de la citada L. Pro. Laboral. Acumulación de autos es, en realidad, la de pretensiones que por haberse hecho valer ya procesalmente se venían actuando en procedimientos distintos, pero conservando cada una de ellas su naturaleza primitiva incluso después de acordada la acumulación, de ahí que sólo puedan acumularse las que tengan un elemento definidor común y que éste sea el causal, por provenir de una misma causa, como se dice en el art. 156 de la L. E. Civil: «Podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir», circunstancias que no concurren en las pretensiones ejercitadas en los autos

cuya acumulación se postula por los recurrentes, puesto que unos traen causa de un supuesto despido en cuanto acto unilateral del empresario, y se siguen con propósito de que se deje sin efecto, de que se declare su nulidad, con las consecuencias que ello lleve consigo, y los otros, en cambio, se han originado en una Resolución de la Delegación Provincial de Trabajo de Córdoba, recaída en expediente sobre regulación de empleo, cuya decisión de fondo es extraña al cometido de esta especializada Jurisdicción, por lo que se siguen con la sola finalidad de que se concrete la cantidad que cada uno de los demandantes, ahora recurrentes, deba percibir por haberse autorizado la extinción de la relación laboral que les ligaba con una de las dos empresas demandadas y recurridas, lo que impone la desestimación del motivo; ello aparte de que el art. 19 del Texto Procesal Laboral sólo hace referencia a demandas y procesos en los que se reclame por el mismo motivo derivado de expediente sobre regulación de empleo, en el que se haya acordado autorizar la extinción de la relación de trabajo; de que el art. 17 de la misma Disposición legal exige para que la acumulación sea procedente que en uno y otro proceso se ejerciten «acciones idénticas»; y de que el art. 16 de la tan repetida disposición dice que «no serán acumulables a ninguna otra las acciones de despido», y la que ha dado origen a la presente litis es una de ellas.

### 3. EXCEPCIONES

#### COSA JUZGADA.

S 11 abril 1981 (RA 1740)

*Doctrina general para que pueda prosperar esta excepción.*

CONSIDERANDO: Que «para que la presunción de cosa juzgada surta efec-

to en todo juicio es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo hicieron», según dispone el párrafo 1.º del art. 1.252 del C. Civ., habiendo precisado reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal, a través de numerosas sentencias dimanantes de la Sala 1.ª y de esta misma Sala, que han de tenerse siempre en cuenta los precisos efectos que la cosa juzgada material produce en otro proceso, pues habiéndose obtenido la primera resolución de decidir sobre la cuestión litigiosa, por considerar la pretensión caducada, al presentarse el recurso de alzada en vía administrativa fuera de término, es evidente que tal resolución no puede operar como cosa juzgada cuando de nuevo la acción se ejerce. En aplicación de esta doctrina legal resulta evidente que, entrando en el examen de la argumentación que ofrece la recurrente en este motivo quinto, dejando a un lado los defectos formales que su planteamiento evidencia, suficientes para declararlo inadmisibles, con desestimación de este trámite, lo cierto es que no puede ser acogida la excepción de cosa juzgada que se invoca, en cuanto la sentencia dictada por la jurisdicción laboral en el proceso 647 de 1970, habido entre las partes ante la misma Magistratura no resolvió el tema de fondo planteado si Pascuala G. M. sufría o no una incapacidad laboral permanente al estimar había caducado la acción que le asistió para revisar la resolución dictada por la Comisión Técnica Calificadora Provincial; mientras que en el presente proceso, entre las mismas partes y en idéntica calidad en que lo fueron antes, se ofrecían al juzgador hechos distintos y se postula en razón de causas diferentes, por lo cual la sentencia recurrida no ha incidido en la infracción de Ley denunciada, lo que conlleva la desestimación de este motivo.

DIFERENCIACIÓN ENTRE EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN Y CUESTIÓN PREVIA.

S 15 abril 1981 (RA 1759)

*La resolución de la excepción de incompetencia de Jurisdicción es una cuestión previa a los efectos del artículo 168.4.º LPL, puesto que ante un presupuesto procesal nos encontramos, y con este carácter fue resuelto en los considerandos de la sentencia de instancia. No obstante, el TS entiende que la incompetencia de Jurisdicción no puede asimilarse al tratamiento de las cuestiones previas en el proceso laboral.*

CONSIDERANDO: Que con invocación del art. 168 de la L. Pro. Lab. y con apoyo en el núm. 4.º de dicho precepto, se afirma que la sentencia recurrida no resuelve la cuestión de incompetencia jurisdiccional, oportunamente propuesta, con carácter previo y la que debió ser objeto de preferente tratamiento, ya que aunque se hace alusión a esta excepción, en el 2.º Considerando de la sentencia, en el fallo se hace abstracción del obligado e inevitable pronunciamiento, derivase, en consecuencia, que se incide por el Magistrado «a quo», en quebrantamiento de forma, que debe ser acogido en casación; el problema planteado en el recurso objeto de examen, carece de viabilidad procesal, y, en atención a las siguientes razones: a), las cuestiones de incompetencia jurisdiccional, no pueden ser identificadas —ni son homologables— con las cuestiones previas, en razón, de que al afectar aquellas al orden público procesal, son susceptibles de que sean examinadas de oficio, como se desprende de las normas contenidas en el art. 3.º de la Ley Procesal Laboral, donde se faculta al Magistrado para repeler de oficio y en trámite de admisión de la demanda, aquellas acciones y pretensiones que se plantean y que excedan de su competencia y en atención a la naturaleza de la relación jurídica preexistente y

en acatamiento a lo dispuesto en el art. 1.º de la L. Pro. Lab.; b), la excepción de incompetencia, es perentoria y por consecuencia, no identificable o asimilable, a las cuestiones previas, puesto que las así calificadas, presuponen la competencia del Tribunal «a quo» —SS. del T.S. de 18 diciembre 1963 y 5 diciembre 1966—; c), la sentencia recurrida, excluye la viabilidad de la excepción de incompetencia, al analizarla en los considerandos de la sentencia recurrida, entendiéndola y aceptando, que no debe ser acogida ni por lo tanto, debe abdicar de su propia competencia, al declarar que la relación jurídica obligacional establecida entre las partes, es de naturaleza laboral, de consiguiente, su fallo —desestimatorio de la demanda— está en razón de que la relación es laboral, pero excluye la pretensión actora, ante la falta de pruebas, que puedan acreditar el contenido de la pretensión inicial; y d), que en términos generales, y para que merezcan y reciban el tratamiento obligado e inherente a las cuestiones previas, han de cumplirse las exigencias siguientes: a'), que se hayan propuesto en tiempo y en forma y en concepto de previas (exigencia no acreditada en este proceso); b'), que la decisión de dichas cuestiones previas, sea premisa indispensable para resolver otra cuestión también postulada en el mismo proceso, y c'), que la sentencia impugnada, no se pronuncie —explícita o implícitamente— sobre la previa con preferencia a las demás propuestas —S. del T.S. de 2 mayo 1964—; y d'), en todo caso sólo merecen la calificación de cuestiones previas, aquellas aducidas en el proceso como tales, y que obsten a la continuación del procedimiento o al fallo del mismo, en el supuesto de que preferentemente no hayan sido debida y convenientemente resueltas —SS. del T.S. 11 octubre 1949, 2 noviembre 1966 y 30 mayo 1969—; de lo razonado —se infiere como lógica e inevitable consecuencia —y de acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal, que el motivo del recurso objeto de examen, carezca

de virtualidad, eficacia y viabilidad, debiendo ser desestimado.

#### 4. PRUEBA

CARGA DE LA PRUEBA: PRESUNCIONES.

S 6 mayo 1981 (RA 2103)

*Relación entre hecho-base, enlace y conclusión en las presunciones.*

CONSIDERANDO Que la jurisprudencia tiene sentado que «bien se estudie en sí, dados sus términos literales, el art. 1.253 del C. Civ., o ya su examen se realice a través de la doctrina uniforme y constante, que de dicho precepto ha establecido la jurisprudencia de la Sala 1.ª, son principios que presiden aquel texto e inspiran estas resoluciones: 1.º, que la estimación de las presunciones incumbe, por su naturaleza, al Tribunal sentenciador a los efectos de determinar por su enlace preciso y directo la importancia y trascendencia de la relación existente entre los hechos que se reputan acreditados y aquellos otros que son objeto de derivación de los anteriores; y, 2.º, que ha de regularse el sistema deductivo, de forma que los antecedentes o causas que lo motiven conduzcan, por un sistema de raciocinio lógico o con sujeción a las reglas del criterio humano, a la consecución que de aquéllos se obtiene, tomándolas del orden natural de los acontecimientos» —S. de 11 mayo 1955—, por lo cual no cabe estimar existe infracción de dicho precepto, el art. 1.293 del C. Civ., si no se impugna —por el cauce adecuado— la realidad o certeza del hecho que sirve de base a la presunción o no se evidencia que falta el enlace preciso y directo entre aquél y la conclusión obtenida por no haber sujetado el Magistrado de instancia su deducción a las reglas indeterminadas del criterio humano, haciéndola absurda, ilógica o inverosímil —SS. de 28 noviembre 1951, 19 mayo 1953, 29 septiembre 1956, 19 octubre 1965, entre otras—; razones

éstas que obligan a rechazar el motivo 3.º del recurso, a las que hay que adicionar, como con acierto señala el Ministerio Fiscal, que a la conclusión fáctica combatida por el recurrente, llega el Magistrado de Trabajo, no deduciéndola de otro hecho o hechos únicamente, sino de todo el conjunto de pruebas aportadas, del cual obtiene tal convicción de hecho, debiendo destacarse, a mayor abundamiento, que la impugnada declaración como hecho probado (las tres Sociedades tantas veces citadas forman una misma empresa) figuró ya en la sentencia dictada por el mismo Magistrado con fecha 20 enero 1976, en proceso promovido por el hoy recurrente contra otra de las tan nombradas Sociedades, sin que esta Sala diera lugar, mediante S. de 29 marzo 1978 al recurso de casación formalizado por él mismo.

#### 5. ACTA DEL JUICIO

EXTREMOS QUE DEBE CONTENER.

S 14 mayo 1981 (RA 2311)

*La omisión de la impugnación de un documento en el acta del juicio, que podría ser objeto material de un delito de estafa, es causa de nulidad de actuaciones por defecto esencial de dicha acta.*

CONSIDERANDO: Que con el deseo de reducir en la medida de lo posible las exigencias formales contenidas en la L. E. Civ., ineficaces varias de ellas en el momento actual, la L. Pro. Lab. ha eliminado en su articulado varias de ellas, sirviendo a ese fin de ejemplo, el contenido de su art. 79-2 y 3, frente a las detalladísimas prevenciones de aquélla, en concreto, y refiriéndose al acta de la vista, nos dice que sólo se recogerá en ella, un «...breve resumen de las alegaciones de las partes, medios de prueba por ellas propuestos y declaración expresa de su pertinencia o impertinencia...», y «...en cuanto a las pruebas admitidas y prac-

tizadas, contendrá: una escueta referencia de las de confesión y testifical; relación detallada y circunstancias de los documentos presentados; resumen de los dictámenes periciales, y recusaciones propuestas de los peritos y su resolución por el Magistrado...»; con estas medidas la reducción o exclusión de exigencias pasadas, ha logrado generales aciertos, pero no ha tenido fortuna al facilitar la repetida redacción con contenido tan ambiguo, conforme al cual, no se pueden fijar a priori cuáles son los límites que separan lo acogible de lo que es inviable en el proceso laboral.

Que por ser cierto lo que acaba de decirse, la doctrina legal y la científica son las que en cada caso han de definir cuándo se ha constituido válidamente un acto y cuándo no; criterio seguido por el Ministerio Fiscal cuando pretende la nulidad del acta formulada por el Secretario y al final de la vista, dado que según él, no se cumplió en esta ocasión lo ordenado en el art. 79, habida cuenta de que no puede entenderse que sea breve resumen de las alegaciones de las partes lo que en el acta se contiene. Es posible que la parte demandada no formulase reclamación alguna al contestar la demanda, en relación con el documento que figura extendido en 20 febrero 1975, pues habiendo sido aportado al proceso por el demandante en el momento de practicar la prueba, sólo después de esta aportación es cuando puede impugnarle, y ese debió ser el momento escogido, pues aun no constando en el acta de la vista, se intuye «que lo ha hecho y ha intentado, además, probarlo, cuando en el primer considerando de la sentencia dice el Magistrado de Trabajo, que aunque «...la demandada... intentó probar que se había abusado en tal documento de la firma en blanco de un apoderado, no lo ha acreditado en autos...», afirmaciones que están apuntando a concretas acusaciones que ésta hizo frente al actor, referidas a un posible delito de estafa, regulado en el art. 529-5.º del C. P., utilizando éste del documento

que sirve luego de base a la sentencia para condenar al demandado al pago de 900.000 pesetas, por lo dicho se advierte que no se ha hecho en el acta un breve resumen de las alegaciones de la demandada; no se ha hecho nada en relación con las mismas, y ante esta omisión, la Sala se encuentra privada de conocer si realmente la demandada acusó la existencia del aludido delito o no, y con este desconocimiento, no le es posible deducir con acierto, si debió el Magistrado cumplir o no las exigencias que le impone el art. 77-II, suspender la marcha del proceso al terminarse la vista y autorizar a la demandada para que acreditase, en plazo de ocho días, que le ha sido admitida la querrela. Las aludidas razones son causa suficiente para que de oficio la Sala y sin necesidad de examinar el único motivo del recurso, anule todo lo actuado a partir del momento de la iniciación de la vista, para cuyo acto deberá convocar de nuevo a las partes, a la vez que seguirá el proceso por todos sus trámites y con absoluta libertad de criterio, dicte nueva sentencia en la que se decidan, conforme a derecho, las pretensiones de las partes.

#### 6. SENTENCIA

NULIDAD POR OMISIÓN DE DATOS ESENCIALES EN EL RESULTANDO DE HECHOS PROBADOS

S 8 abril 1981 (RA 1728)

*El TS decreta la nulidad de la sentencia por omisión en su resultando de hechos probados de las menciones relativas a la oposición jurídica del actor y a la reclamación pedida.*

CONSIDERANDO: Que al haberse acumulado a los autos originales iniciados por oficio-demanda de la Delegación Provincial de Trabajo, producido en expediente sobre regulación de empleo, las actuaciones tramitadas en distinta Magistratura a instancia de

uno de los trabajadores —el ahora recurrente— afectados por la rescisión acordada, por petición de la empresa recurrida en aquel expediente, al impugnar la ayuda equivalente al anticipo de pensión de vejez, en unión de 3 obreros más, se le impuso en la resolución del Delegado, en contraposición a los restantes en núm. de 94 mediante pago de indemnización, a la que aspira el referido demandante por entenderlo independiente de la jubilación a solicitar voluntariamente, cuando quisiera y no por imposición; figurando en el relato de hechos probados únicamente el acto de la acumulación, el tiempo que el ahora recurrente estuvo al servicio de la empresa recurrida y lo que ganaba al cesar, omitiéndose todo lo demás que aparece de autos, referido a dicho trabajador cual su impugnación, fundamentos y solicitud, lo sustancial en fin de la acción acumulada sobre la cual tampoco se argumenta especialmente, sino fundiendo en uno la razón de ser de la desestimación que en el fallo, asimismo reducido el pronunciamiento a absolver a la empresa demandada por haber incumplido el acuerdo de la Autoridad laboral, mas sin mencionarse la controversia por oposición del trabajador discrepante y reclamación por él hecha.

Que en su virtud, y al no comprenderse en la resolución recurrida tan esenciales extremos, sin medirse el alcance del acuerdo de la Delegación Provincial de Trabajo donde era señalado un plazo para que el recurrente como sus dichos compañeros, hicieran la solicitud oportuna y advertencia de quedar decaídos de su derecho; de suerte, en fin, como si tal acumulación no hubiese tenido lugar con su contenido específico impugnatorio, aun en el caso posible de que el Juzgador hubiese entendido indiscriminada la situación del demandante por el carácter colectivo de la reclamación, a pesar de estar afectado a ella, incluso en tal supuesto extremo tenía que haberse pronunciado expresamente con la fundamentación oportuna en descargo de su actitud; por todo lo cual, de con-

formidad con el dictamen preceptivo del Ministerio Fiscal, procede declarar la nulidad de la sentencia recurrida.

**NULIDAD POR FALTA DE ADVERTENCIA DEL MAGISTRADO A LA ACTORA DE LOS DEFECTOS DE LA DEMANDA.**

S 11 junio 1981 (RA 2737)

*El Magistrado, estimando de oficio la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, no hizo sin embargo uso del art. 72, 1 LPL.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo núm. 2 de los de Navarra, al estimar de oficio la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y absolver a los demandados de los pedimentos en ella contenidos, aunque formule expresa reserva de acciones a favor del actor para la reproducción de la demanda, ha incumplido el mandato que el art. 72 de la L. Pro. Lab. entonces vigente le imponía («advertir a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane en el plazo de seis días y si así no lo efectuare ordenará su archivo») y no ha tenido presente la reiterada doctrina legal sentada por esta Sala, interpretando dicha norma, en el sentido de que precisamente en razón de dicho precepto legal, de derecho imperativo, la excepción acogida no tiene cabida en el proceso laboral —SS. de 20 febrero 1956, 20 enero 1966, 23 febrero 1967 y 25 mayo 1977, entre otras—. Por ello, todas las actuaciones desarrolladas con posterioridad a las de presentación y reparto son nulas de pleno derecho, dado que si la demanda adolece de defectos y en la primera resolución que se dictó, referida a su admisión, no se precisó cuáles son, ni se advirtió de ellos al actor, tales omisiones han de suplirse en el acto de pronunciar la sentencia, disponiendo la indicada nulidad de actuaciones, además de requerir al demandante

para la subsanación de aquellos defectos, dentro del plazo que la ley señala y con los apercibimientos que indica, sin hacer otros pronunciamientos sobre las pretensiones del actor, absolutorios o condenatorios, en cuanto la existencia de un vicio procesal en el escrito iniciador del procedimiento impide al órgano jurisdiccional conocer de las pretensiones de fondo que pueda contener.

Que siendo misión primordial de los Tribunales velar por la pureza del procedimiento, dado que las normas de naturaleza procesal son de derecho necesario, observada la infracción que supone el no ejercicio, en el momento procesal oportuno, por parte del Magistrado «a quo» de los poderes de impulsión y dirección del proceso que la Ley le confiere, de manera expresa y terminante, según se ha detallado en el anterior considerando, infracción que dio lugar a una constitución defectuosa de la relación jurídico-procesal —SS. de 23 febrero 1976, 6 mayo 1977, 29 noviembre 1978, 31 marzo y 10 noviembre 1979, 28 enero y 2 y 13 octubre 1980, entre otras— obligado resulta declarar de oficio la nulidad de las actuaciones habidas, a partir de la admisión de la demanda en la instancia, nulidad que legalmente impide examinar los motivos de casación expuestos por el trabajador-recurrente, con devolución del expediente al Magistrado «a quo», para que, una vez cumplidos los mandatos de la Ley Procesal vigente a la fecha de la presentación de la demanda, resuelva, usando de las facultades que le son inherentes, sobre las pretensiones que la demanda contiene, tras detallar con la necesaria precisión, todos los hechos que resulten probados y que puedan ser constitutivos, extintivos o impeditivos de la acción ejercitada.

## 7. TERMINACION DEL PROCESO: DESISTIMIENTO

EN FASE DE RECURSO DE CASACIÓN.

S 21 octubre 1981 (RA 4019)

*La no constitución del depósito para recurrir en casación significa automáticamente el desistimiento de la pretensión y terminación del proceso.*

**CONSIDERANDO:** Que el art. 181 de la L. Pro. Lab. de 17 agosto 1973 señala que todo el que intente interponer recurso de casación y no esté declarado pobre, consignará como depósito 500 ptas. en la Caja General de Depósitos, entregando el resguardo en la Secretaría del T.S. y que el art. 1.º del R.D. de 11 marzo 1924 sobre administración y aplicación de los depósitos —elevado a rango de Ley por la de 30 diciembre 1931— señala que los depósitos que con arreglo a las prescripciones de la L. E. Civ. deban realizarse para interponer el recurso de casación serán puestos «a la disposición del Presidente del T.S.», dada la supletoriedad de la L. E. Civ. en relación con el proceso laboral (disp. final 1.ª de la L. Pro. Lab.) así como que el art. 177 de dicha L. Pro. Lab. señala que en caso de pérdida del depósito al que se refiere el ap. b) del art. 181 «quedarán a disposición del T.S.», es claro que para que el depósito a que se refiere el art. 181 de la L. Pro. Lab. quede regularmente constituido, ha de realizarse a disposición del Presidente del T.S. y como en el caso presente según resulta del resguardo que aparece en el rollo el depósito se realizó «a disposición de la Magistratura núm. 1 de Madrid» y no a la del T.S., es obvio que no se realizó de forma adecuada, lo que determina, a tenor del art. 181 de la L. Pro. Lab., que haya de declararse desistido el recurso. Esta Sala en múltiples y recientes resoluciones cuya abundancia excusa la cita concreta viene señalando que la no realización del depósito a disposición del T.S. equivale a desestimiento del recurso —el

desistimiento por falta de depósito debe apreciarse de oficio según S. de 22 octubre 1977— lo que así se ha de entender ocurre en el presente caso y tal desistimiento obviamente hace inútil y excusa el examen de los motivos del recurso.

## 8. EFECTOS DEL PROCESO

### COSA JUZGADA MATERIAL.

S 17 julio 1981 (RA 3194)

*El T.S. define la cosa juzgada material y expone los requisitos que deben darse para su producción.*

CONSIDERANDO: Que la cosa juzgada material, tendente a evitar la reiteración de pleitos sobre una misma cuestión en aras de la certeza de la esfera jurídica de los litigantes por razones de seguridad social y exigencias del orden que debe imperar entre los ciudadanos, en evitación de que la reproducción de nuevos litigios se convierta en medio para subsanar equivocaciones, errores u omisiones en el ejercicio de las acciones, determinantes de sentencias desfavorables, tiene una doble función, positiva una —no dos resoluciones distintas de un mismo objeto procesal—, y negativa otra —no dos procesos con un mismo objeto excluyendo una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado—, esta última sólo oponible por vía de excepción, cuya viabilidad exige la concurrencia de la triple identidad recogida en el art. 1.252 del C. Civ., cosas, causas y personas, de los litigantes, y sobre cuyos límites objetivos —prescindiendo por ser indiscutible en el supuesto enjuiciado del elemento subjetivo— la doctrina científica más calificada precisa que lo que los determina es la demanda fondo de la parte actora, pues lo decisivo es si sus hechos y fundamentos de derecho son los mismos en relación con la precedente en lo que afecta a la cuestión planteada, atendiendo más a la afirmación de

voluntad que cierra el proceso que al razonamiento lógico que le precede, y determinando la atribución de los efectos de la cosa juzgada sólo en cuanto decide la sentencia la pretensión hecha saber por la demanda, aun cuando ello no suponga una exclusión radical y absoluta de los motivos de la resolución judicial, con sometimiento exclusivo a la parte dispositiva de aquélla, porque para establecer en principio, el alcance de la cosa juzgada y poder identificar la acción con la busca de la casa petendi es necesario, generalmente, remontarse a los motivos en que se funda la sentencia, o dicho de otra forma que, desde el punto de vista objetivo, la esencia de la cosa juzgada radica en que no es admisible que, en un proceso futuro, el juez pueda de cualquier manera desconocer o disminuir el bien reconocido en la sentencia anterior, si bien no está obligado a tener por verdaderos los hechos que sirvieron de base a la precedente resolución, ni las calificaciones jurídicas a ellos otorgadas, pues para distinguir la identidad causal hay que reparar solamente en la identidad fundamental, para cuya justa apreciación hay que atender más que al nombre que se da a las acciones a la finalidad que con ellas se persigue, de modo que concurrirá si resulta una contradicción manifiesta entre lo que ya se resolvió y lo que se pretende si se accede a conocer de nuevo, lo que reconduce la cuestión de los límites objetivos de la cosa juzgada al concepto de pretensión y a sus elementos identificadores desplegando aquélla sus efectos cuando la ejercitada en el segundo proceso sea la misma pretensión que ya fue satisfecha en el primero, pero ello siempre que, en las relaciones jurídicas de tracto sucesivo o por tiempo indefinido, no se introduzcan nuevos hechos, situaciones sobrevenidas que alteren la causa de pedir con posterioridad al primer enjuiciamiento, en cuyo supuesto no concurren las identidades básicas con el segundo, si se alega y acredita que los actos realizados después del inicial litigio, y no

contemplados por ende en aquél, constituyen un motivo distinto que se invoca en el nuevo juicio, porque entonces no es la misma la causa petendi.

## 9. MEDIOS DE IMPUGNACION

### TEORÍA GENERAL.

S 15 octubre 1981 (RA 3975)

*Fundamento jurídico de los medios de impugnación, incluido, con no ser ésa su naturaleza, el denominado «recurso» de revisión.*

CONSIDERANDO: Que siendo obra humana las resoluciones judiciales, pueden haberse adoptado con error, siendo por ello acertada la posición del legislador al regular el proceso laboral, facilitando una serie de medidas para poder corregirle en el caso de que realmente se haya dado, de entre las cuales se destacan, por entender que el error ha sido de mínima categoría, la facultad de aclaración o complementación que «motu proprio» tienen los Tribunales al amparo del art. 98 de la L. Pro. Lab. o a instancia de parte haciendo uso del mal llamado recurso de aclaración por el art. 188 de la citada ley; también tienen la propia finalidad y sólo atribuidos a las partes, el recurso de reposición del artículo 151, o el de súplica cuando acuden frente a un Tribunal Colegiado, los extraordinarios de suplicación y de casación regulados respectivamente en los arts. 152 y siguientes, y 166 y posteriores, a la vez que, en función de estos dos últimos recursos cabe también el de queja, bien entendido que todos ellos habrán de apoyarse en presupuestos contenidos en el propio proceso, y anunciarse antes de que haya adquirido la resolución impugnada, los efectos de la «cosa juzgada», pues lo-grada esta cualidad por la resolución judicial, sólo podrá válidamente impugnarse, como enseña el art. 1.251 del C. Civ., ejercitando contra ella una demanda de revisión, al decir del art. 180

de la L. Pro. Lab. citada, si bien para ello haya de acomodarse el proceso a lo previsto en el Libro II, título XXII de la L. E. Civ., arts. 1.796 a 1.810, de los que se desprende, en especial del primero de los citados, que el supuesto error habrá de deducirse de datos conseguidos después de dictada la sentencia impugnada, que ésta haya conseguido firmeza, y que aquéllos vengan a conocimiento de la parte desde el mundo exterior al proceso en que la misma se dictó; incluso más, que dichos datos sean alguno o algunos de los expresamente previstos en exclusividad, por el art. 1.796 citado, y que la demanda de revisión se formule antes de cumplirse los cinco años posteriores al día en que se dictó la resolución controvertida, y también antes de cumplirse los tres meses de haber llegado a la parte el conocimiento del dato o datos en que funde la demanda de revisión.

### DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA A EFECTOS DEL RECURSO PROCEDENTE

S 2 abril 1981 (RA 1707)

*El T.S. ordena la devolución de las actuaciones a la Magistratura de instancia para que ésta advierta a las partes que el recurso procedente no es el de casación interpuesto, sino el de suplicación, al no alcanzar la cuantía de la pretensión el mínimo exigido para la procedencia de aquel recurso.*

CONSIDERANDO: Que al haberse objetado —en el acto de la vista— por el Letrado de la parte recurrida, esto es el de la Mutualidad Laboral de la Construcción, al contestar al recurso y en base a lo dispuesto en el art. 153 de la L. Pro. Lab. que sólo procederá al recurso de casación contra las sentencias dictadas en reclamaciones, cuya cuantía litigiosa sea superior a 100.000 pesetas en función de lo que dicho precepto establece y dado que el contenido de la reclamación del señor Q. V. no alcanza cuantificación sufi-

ciente para que el recurso articulado sea procedente y debe ser acumulado de acuerdo con dicha norma; el problema planteado —por afectar al orden público procesal— debe ser examinado previa y preferentemente, y en consecuencia ha de partirse de las siguientes premisas o presupuestos fácticos: a) lo únicamente cuestionado en el recurso no es la incapacidad absoluta reconocida al actor, b) la pretensión de la demanda viene circunscrita a decidir si la fecha inicial de las prestaciones económicas correlativas a la incapacidad absoluta, debe ser la del día 2 de septiembre de 1973 (fecha de la propuesta informe en pretensión del reconocimiento de la invalidez absoluta) o en cambio —como se acepta por el Juez de instancia— el día 22 de mayo de 1974, fecha de la Resolución dictada por la Comisión Técnica Calificadora Provincial, c) la prestación anual reconocida —como reguladora de la pensión vitalicia— asciende a un montante anual de 193.800 ptas.

Que en la base a los antecedentes fácticos a que se deja hecha referencia, la pretensión que se esgrime en el recurso y su contenido económico, está en la que se determina el objeto de la pretensión contenida en la demanda y sin duda en lo controvertido en litis no es la incapacidad absoluta reconocida que no está cuestionada y sí únicamente los efectos económicos de la misma, es decir, si se retrae al 2 de septiembre 1973 (fecha del informe propuesta) o al 22 de mayo 1974 (fecha de la resolución de la Comisión Técnica Calificadora) por consecuencia lo discutido es la prestación económica inherente a la incapacidad reconocida correspondiente a 252 días, la que sin duda no alcanza la cantidad de 100.000, mínima exigible para que fuera procedente —en aquel entonces— el recurso de casación habida cuenta lo dispuesto en el art. 153 de la L. Pro. Lab., modificado por los RR. DD. Ley de 1978, procediendo en consecuencia el recurso de Suplicación, procediendo y en aplicación de lo dispuesto en el art. 179 de la L. Pro. Lab., la devolución de los

autos a la Magistratura de instancia a fin de que sea tramitado el recurso procedente.

## 10. RECURSO DE CASACION

RIGOR FORMALISTA.

S 31 octubre 1981 (RA 4113)

*El atenuado rigor formalista de las normas procesales laborales no significa en modo alguno el total incumplimiento u olvido de los preceptos procesales fundamentales.*

CONSIDERANDO: Que, el recurso de casación por su acusado carácter extraordinario, es esencialmente formalista, debiendo cumplirse con rigurosidad las normas procesales reguladoras del mismo, y aunque dentro de esta jurisdicción en aras al espíritu que la informa han sido atenuadas las exigencias de índole formal, ello en ningún caso puede implicar total incumplimiento o absoluto olvido de aquellos preceptos cuya observancia para la viabilidad del recurso es elemento fundamental, normas que se recogen en el art. 1.720 y en el núm. 4 del art. 1.729 de la supletoria L. E. Civ., en los que se establecen respectivamente, que en el escrito de interposición del recurso, se expresará el párrafo del art. 1.692 en que se halle comprendido, y, se citará con precisión y claridad la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo hubiere sido, añadiéndose que si fuesen dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafos separados y numerados, precisándose a su voz, en el último de los mencionados artículos, que el recurso no será admitido y en esta jurisdicción ante la ausencia de este trámite ello significará la desestimación del recurso, cuando no se hayan citado con precisión y claridad las leyes que se supongan infringidas y el concepto en que lo hayan sido.

LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.

S 6 mayo 1981 (RA 2098)

*Está legitimado para recurrir quien haya sufrido gravamen.*

CONSIDERANDO: Que por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, se estima que la resolución impugnada es irrecurrible, por lo que al recurrente respecta, a virtud del contenido del Fallo que en ella se recoge en el que literalmente consta «que estimando la demanda formulada por el actor don Domingo S. L. contra la empresa Aglomerados Martínez, S. A., debo declarar la improcedencia del despido, condenando a la demandada a que de modo inmediato readmita al actor a su puesto de trabajo, abonándole los salarios devengados desde la fecha de despido, hasta que la readmisión tenga lugar, pudiendo la demandada si así lo estima, sancionar al actor, con hasta dos meses de suspensión de empleo y sueldo» (sic), siendo asimismo preciso hacer resaltar, que en el escrito inicial del procedimiento indistintamente se interesa por parte del referido actor, que el despido de que fue objeto por la empresa se declare nulo o improcedente, cuestión que por lo que se refiere a su examen y decisión ha de merecer preferentemente estudio, ya que su estimación o rechazo, repercutiría de manera indudable en las demás suscitadas en el recurso, la cual ha de ser estimada, porque la legitimación para recurrir, se encuentra en íntima conexión con la idea de vencimiento o gravamen, de aquí que en realidad, exclusivamente la parte a la que la sentencia le sea desfavorable, puede como perjudicada utilizar los medios procesales puestos a su alcance por las disposiciones sobre la materia, para lograr que la misma se reforme, por consiguiente el concepto de recurrente y específicamente su condición de tal dentro de la situación procesal, se encuentra referida realmente a la parte que se considera perjudicada por la decisión judicial plas-

mada en la sentencia, postura recogida en numerosas sentencias de este Alto Tribunal, que mantienen «que el litigante que se aquiete, con la sentencia de instancia, no puede recurrir, añadiendo que los recursos que la ley otorga, sólo se pueden utilizar, por los que sufren agravio derivado de la denegación de un pedimento que de manera clara e inequívoca les afecte, y por tanto, quienes no sufren ningún gravamen carecen del interés necesario para recurrir» —S. de 1 marzo 1962, 11 noviembre 1969, 18 y 22 marzo 1972, entre otras muchas), doctrina que aplicada al presente caso lleva a la conclusión antes propugnada relativa a la carencia de legitimación del recurrente en el supuesto contemplado para recurrir, pues los fines perseguidos con su demanda que esencialmente iban encaminados a lograr su readmisión en la empresa de la que fue despedido, los obtuvo plenamente con la sentencia recurrida, y, la posible remisión a las facultades otorgadas a la misma, para la sanción hasta dos meses de suspensión de empleo y sueldo no es recurrible, de aquí la falta de legitimación del recurrente para recurrir, lo que ha de producir como lógica consecuencia la desestimación del recurso.

CUESTIÓN NUEVA.

S 16 junio 1981 (RA 1841)

*El T.S. perfila el concepto de cuestión nueva.*

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso, con amparo procesal en el número 1.º del art. 167 del Texto Regulador del Procedimiento Laboral, acusa la infracción por el concepto de violación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 89 del referido Texto Procesal, precepto que por su carácter adjetivo no puede servir de fundamento como norma legal infringido a un recurso de casación por infracción de ley, como dice esta Sala, en sus SS. de

1 febrero 1972, y las que en ella se citan, 7 junio 1975, y otras, y concretamente en lo que afecta al párrafo 2.º del art. 89 del Texto Procesal Laboral es la de 19 octubre 1971; y se funda en que en la sentencia recurrida «concretamente en su resultando de hechos probados, se omite toda declaración respecto al número de cotizaciones efectuadas por el interesado a la Seguridad Social, Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualidades Laborales, circunstancia fáctica indispensable para conocer si el actor tiene, o no, cubierto el período de carencia que le es exigible para causar derecho a la prestación de invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común que se le reconoce por el Magistrado de instancia», apareciendo en el proceso, por el contenido del motivo, como dice la sentencia de esta Sala de 5 julio 1968 y reproduce la de 4 octubre 1978, «completamente nueva la cuestión que ahora se plantea que por consiguiente debe ser rechazada»; con ello se opone por la demandada recurrente frente a las pretensiones del actor una nueva excepción, no conocida ni discutida en la instancia y que no ha sido objeto de resolución por la Magistratura «a quo». En efecto, en el lenguaje forense se da el nombre de cuestión a todo asunto, materia o punto objeto de discusión; a la oposición de términos lógicos o de razones respecto a un mismo punto, que exigen estudio detenido para resolverlo con acierto y son cuestiones nuevas todas las que se plantean fuera de los términos en los que el debate se desenvolvió y se separan de los temas que las partes establecieron como antecedente para formular sus respectivas conclusiones, y estas cuestiones no pueden ser estudiadas en el recurso de casación por infracción de ley por impedirlo el art. 1.729, 5.º de la supletoria L. E. Civ., que considera causa de inadmisión del recurso —que en esta Jurisdicción se convierte en causa de desestimación— la cita como supuestamente infringidas de ley o doctrina referente a cuestiones no debati-

das en el pleito, lo que es lógico, dada la misión del Tribunal de casación, limitada a decidir si por el Tribunal «a quo» en un caso particular el derecho y la ley se han aplicado correctamente y tal como debieron serlo, dados el acto o situación que se había sometido a su decisión, por lo que el recurso de casación en cuanto se encamina a censurar una actividad «in iudicando» no puede rebasar los límites en que la misma se ejerció; y así ocurriría si resolviera sobre tesis distinta de la que en la instancia, por determinación voluntaria de las partes, se sometió a la decisión del Juzgador, por eso esta Sala, obligatoriamente fiel a los términos del citado texto legal, en S. de 5 junio 1968, dice: «se introduce una cuestión nueva porque el problema de la inaplicabilidad del expresado Decreto en la forma en que ahora se ofrece a esta Sala, no fue alegado ni discutido en la instancia, donde se fijaron los términos de la controversia, novedad que obsta a su examen en casación, conforme a lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 1.729 de la L. E. Civ. y a la doctrina legal»; en la de 1 diciembre 1967, que dice: «no fue alegada ni discutida en la instancia, en donde se fijaron los términos de la controversia, y es por tanto una cuestión nueva, ahora introducida que obsta al examen en casación, conforme a lo dispuesto en el núm. 5 del art. 1.729 de la supletoria L. E. Civ., aplicable a esta Jurisdicción»; y en la de 9 junio 1969, en la que se dice: «porque no habiendo sido ese problema objeto de la contienda como se deduce del estudio de la controversia judicial trabada, se está en presencia de una cuestión nueva sin posible acceso a la casación, trámite extraordinario en el que sólo pueden examinarse las que fueron objeto de la contienda, por ser su finalidad velar por la correcta aplicación e interpretación de las normas legales que para resolver los problemas judicialmente debatidos sirvieron o debieron servir de fundamento a la sentencia impugnada», doctrina que se reproduce en sentencias, entre otras mu-

chas, de 25 septiembre 1969, 27 febrero 1970, 23 febrero 1972 y 12 noviembre 1975, y que impide la entrada en el estudio del tema de fondo que el recurso plantea, pues la demandada recurrente no la planteó en el acto del juicio, en el que se limitó a decir: «que se ratifica en el contenido de la resolución de la Comisión Técnica Calificadora Provincial y de la Central y en el supuesto de accederse a la petición del actor estima que el límite de la pensión debería fijarse en 1 noviembre 1972 siguiente día a la tramitación de la solicitud, y por importe inicial de 2.710 ptas. mensuales más mejoras. Solicita una sentencia absolutoria», lo que impone la desestimación del recurso, con los pronunciamientos del art. 176 del Texto Regulador del Procedimiento Laboral, que sean de aplicación.

## 11. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY

VIOLACIÓN DE LEY O DOCTRINA LEGAL APLICABLE AL CASO.

S 17 julio 1981 (RA 3196)

*El concepto de violación es distinto a los de interpretación errónea o aplicación indebida, y consiste básicamente en el desconocimiento de la norma jurídica procedente u omisión del precepto que debió ser aplicado.*

**CONSIDERANDO:** Que el único fundamento legal de la sentencia impugnada, que declaró nulo el despido de la trabajadora demandante, comienza con los siguientes términos: «según dispone el art. 34-2 del R. D.-ley de 4 marzo 1977...», lo que excluye que en aquélla se haya incurrido en la infracción denunciada en el primer motivo, con apoyo procesal adecuado, por violación del mencionado artículo y número del citado R. D.-ley sobre relaciones de trabajo, lo que inevitablemente determina la repulsa del mismo, al fun-

damentarse aquél en infracción en la que no incurrió el Magistrado sentenciador, puesto que sabido es, que el concepto jurídico «violación» utilizado en el núm. 1.º del art. 167 del Texto de Procedimiento, no se contempla por el legislador en su sentido amplio y genérico de infracción o quebrantamiento de un precepto, sino en el específico y estricto, como esta Sala tiene declarado con reiteración, diferenciador de los otros dos enunciados en aquél, interpretación errónea y aplicación indebida, que también son infracciones y quebrantamiento de normas legales, al ser equivalente a tales fines, el de violación e inaplicación en un determinado caso concreto de los artículos previstos por la Ley para dicha situación de hecho, por lo que se incurre en ella, cuando se desconoce la norma jurídica procedente, se omite el precepto que debió ser aplicado, y en el caso contemplado, si el Juzgador de Instancia, como primer precepto en que fundamentar su fallo, cita el artículo 34-2 del R. D.-ley 17/1977 de 4 marzo, es evidente, que de acuerdo con la doctrina expuesta, lo aplicó, con la consecuencia lógica que de ello se deriva, la de no haber incurrido en la infracción que se acusa por la sociedad recurrente, por lo que el motivo tiene que fracasar, ya que si la parte entendió que se había conculcado lo dispuesto en dicho artículo y número, ello legalmente nunca pudo ser por falta de aplicación o sea por violación, sino que habría tenido su fundamento o causa en alguna de las otras dos infracciones enunciadas en el número 1.º del artículo 167 de la Ley Profesal, aplicación indebida, si se había hecho inadecuadamente a un hecho no previsto en el supuesto legal, o con conocimiento equivocado del alcance de una determinada norma, interpretación errónea, pero no por violación, o sea inaplicación de aquélla.

## DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS.

S 26 junio 1981 (RA 2892)

*El T.S. expone los requisitos para que prospere este motivo de casación.*

CONSIDERANDO: Que, con amparo del núm. 3.º del art. 167 del Texto Pro. Lab. y por estimar la entidad recurrente, que la sentencia impugnada infringe el art. 359 de la supletoria L. E. Civ., se formula el único motivo, en el que se fundamenta el presente recurso de casación, toda vez que a juicio de aquélla, el fallo de la referida sentencia contiene notoriamente disposiciones de carácter contradictorio, cuyo alcance y sentido, ha sido por otra parte fijado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, la que de una manera constante y reiterada, perfila y matiza el contenido del mencionado precepto diferenciándolo, al propio tiempo, del concepto de incongruencia, a la que de modo específico se refiere el segundo de los apartados del citado art. 167, pues en tanto que ésta significa, la discordancia entre la resolución final del proceso y las cuestiones en el mismo suscitadas así como con las pretensiones que en él se contienen, la contradicción recogida en el motivo base del recurso, surge y se pone de manifiesto, dentro de la propia parte dispositiva de la sentencia, es decir, que en ningún momento, es dable admitir, en este supuesto, la posible discrepancia entre los pronunciamientos y los fundamentos jurídicos de aquélla, sino que la misma ha de producirse respecto al contenido de aquéllos —SS. de 1 julio 1967 y 21 febrero 1968, entre otras— de todo lo cual se deduce, que a fin de determinar, si en realidad nos encontramos en presencia de un fallo de matiz contradictorio, será preciso proceder a un minucioso examen del mismo, y, por consiguiente, de todos y cada uno de los pronunciamientos que en él se recogen, prescindiendo siempre de la posible comparación entre éstos y sus antecedentes, debiéndose por tanto en dicho estudio, atenerse de manera ex-

clusiva y excluyente a examinar la armonía interna de los propios términos en las que la parte dispositiva de la sentencia se halla concebida, doctrina que aplicada al presente caso, ha de implicar la estimación del motivo, puesto que el fallo de la sentencia recurrida, claramente reconoce, sin dar lugar a duda alguna que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente y total para su habitual profesión, la que le fue reconocida asimismo por las Comisiones Técnicas Calificadoras, teniendo en su virtud derecho a una prestación económica del 55 por 100 de la base reguladora, de acuerdo con cuanto al efecto previene el artículo 12-2 del D. de 23 diciembre de 1966, en relación con lo dispuesto en el art. 15-1 y 7 de la O. de 15 abril 1969, no obstante lo cual, el Magistrado de instancia en el fallo de la sentencia recurrida, en lugar de aplicar el mencionado porcentaje sobre dicha base reguladora, lo hace respecto al salario real, como si realmente nos hallásemos en presencia de inválida total procedente de trabajo o enfermedad profesional o una invalidez permanente de carácter absoluto, en todo caso normada por disposiciones distintas de las expresadas, en cuyo supuesto, además, el porcentaje sería el del cien por cien del citado salario real, lo que asimismo ha de ser, extensivo por lo que la aplicación del mismo se refiere, el 20 por 100 que ha de girar por tanto sobre la base reguladora, en el cual se incrementó la pensión a que la recurrente tenía derecho, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 11-4 y 6 de la Ley sobre Acción Protectora de Financiación de la Seguridad Social de 31 junio 1972, y la de su Reglamento de 23 del mismo mes y año, razones todas y cada una de ellas, que implican que el motivo sea estimado, así como el propio recurso, en coincidencia con lo postulado por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, por lo que procede casar y anular la sentencia recurrida, dictándose en su lugar otra más ajustada a derecho.

## ERROR DE HECHO.

S. 3 octubre 1981 (RA 3689)

*Requisitos para que pueda prosperar este submotivo.*

CONSIDERANDO: Que, la viabilidad de error de hecho como motivo de casación, se halla condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos, exigidos por reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, recogidas en numerosas sentencias que por tal causa hacen innecesaria su cita, y en las que se pone de manifiesto la necesidad de precisar hallarnos en presencia de aquella clase de error, ya que aunque englobados en un mismo apartado legal, tanto el de hecho como el de derecho, constituyen, en realidad, dos submotivos de marcado carácter independiente, por lo que la citada jurisprudencia exige al efecto, que al formalizar el recurso se concrete cuál es la clase de error que se acusa, criterio por demás impuesto como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1.720 de la supletoria L. E. Civ., siendo además preciso, especificar el hecho o hechos que se estimen como erróneos, con la consiguiente designación del documento o pericia, que evidencie de una manera clara e indubitada la equivocación en la que el Juzgador incidió, con expresa mención por último, de la adición o modificación que como consecuencia del mencionado error de hecho ha de introducirse en el relato histórico de la sentencia impugnada, condiciones que concurren en el alegado en el primero de los motivos de los que sirven de fundamento al presente recurso de casación formulado al amparo de lo previsto en el número 5.º del art. 167 del Texto Procesal Laboral, y, que tiene su apoyo en los documentos que figuran en los folios 21 y 21 vuelto de las actuaciones, y con el que se pretende modificar la cantidad que en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida figura que se cifra en 11.548 ptas., por la de 12.123 pesetas, y ateniéndose al contenido es-

tricto del motivo, éste, como anteriormente se indica, ha de ser estimado, porque a través de los citados documentos, y más del resultando tercero de la resolución de la Comisión Técnica Calificadora Provincial de Oviedo, se pone de manifiesto que aquélla se eleva a la cifra últimamente señalada, extremo que se ve ratificado por lo que en tal sentido se afirma por la Comisión Técnica Calificadora Central y por la propia Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana, según consta en el folio 10 de las actuaciones, y, que indudablemente sirvió de base a las mencionadas resoluciones de los citados Organismos, rectificándose así la cantidad que figura en la propuesta inicial del correspondiente expediente administrativo, las cuales tiene en cuanto a los hechos en ellas reconocidos y a tenor de lo dispuesto en el art. 120 del citado Texto Procesal Laboral, el valor de presunción «juris tantum» la que no ha sido destruída a través de los restantes elementos probatorios existentes en autos, motivo cuya estimación hace innecesario el examen del segundo que se formula con amparo de lo dispuesto en el número 1.º del art. 167 de aquel Texto Legal y por violación del art. 408 de la L. E. Civ. y de la sentencia que al efecto se cita procediendo en consecuencia de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe casar y anular la sentencia recurrida dictándose otra en su lugar más ajustada a derecho, con relación al extremo citado a que realmente se concreta única y exclusivamente el recurso.

## 12. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

INADMISIBILIDAD POR NO PRACTICARSE LA PRUEBA DE CONFESIÓN.

S 9 mayo 1981 (RA 2213)

*La no práctica de la prueba de confesión pedida y admitida por no com-*

parecer la demandada no significa la admisibilidad del recurso de casación en base al artículo 168-3.º LPL, puesto que según el art. 81, II LPL, la sanción es la «ficta confessio».

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación articulado en el presente recurso por quebrantamiento de forma, se ampara en el núm. 3 del art. 168 de la L. Prov. Lab., y alega infracción del art. 81 de la L. Pro. Lab. fundado en haber solicitado la práctica de la prueba de confesión en juicio de la demandada, que fue admitida y no practicada por la incomparecencia del representante de la empresa, sin que se le tuviera por confeso; motivo que debe rechazarse, porque si bien es cierto, como resulta de la lectura del acta del juicio, que el hoy recurrente propuso la prueba de confesión en juicio de la empresa demandada, que no se pudo practicar por la incomparecencia del llamado a confesar, no lo es menos que el demandante se limitó a solicitar que se le tuviera por confeso, y según establece el precepto que se cita como infringido, «si el llamado a confesar no comparece sin justa causa a la primera citación, rehusara declarar o persistiere en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso», de lo que se deduce que el apercibimiento de tener por confeso a quien no comparece a absolver las posiciones que se le formulen, es una intimación mediante la que se advierte al que ha de ser interrogado que su ausencia puede ser interpretada como manifestación favorable a los hechos de la demanda, posibilidad dejada a la facultad del Magistrado al que dicho precepto no impone, como efecto necesario de la ausencia del confesante, tenerlo por confeso, sino que contempla una eventualidad para el momento de la apreciación de la prueba en la sentencia, por lo que de la no declaración de confeso no cabe recurso de casación por quebrantamiento de forma, ya que no se trata de una denegación de dili-

gencia de prueba, sino del efecto que la incomparecencia del litigante puede tener en la declaración fáctica, que por lo que se advierte tendría su encaje dentro del marco del recurso por infracción de ley y no por quebrantamiento de forma, que como su nombre indica tiene por finalidad corregir defectos de derecho formal.

### 13. PROCESO DE REVISION

RIGOR FORMALISTA.

S 8 abril 1981 (RA 1730)

*La demanda de revisión debe ampararse en alguno de los motivos del art. 1796 LEC.*

CONSIDERANDO: Que de conformidad con la doctrina establecida por esta Sala, el recurso de revisión establecido en el art. 189 de la L. Pro. Lab., en relación con los arts. 1.796 y siguientes de la L. E. Civ., es un recurso extraordinario y excepcional contra sentencias firmes, que sólo puede formularse al amparo de algunas de las causas o motivos previstos en el citado art. 1.796, debiendo señalarse el número o motivo concreto en que se apoya, sin estar permitido alegar otros por analogía, siendo necesaria la demostración cumplida de los invocados; ninguno de cuyos requisitos se cumplen en el presente, pues se interpone contra la sentencia dictada «in voce» por la Magistratura de Trabajo número 9 de las de Barcelona, el día 21 de junio de 1978, en la que se condenaba a la hoy recurrente al pago del recargo del 40 por 100 de la pensión que percibe el actor por su situación de incapacidad permanente total, el cual inicialmente asciende a 4.114,6 ptas. mensuales, que se tendrá que incrementar con las mejoras correspondientes, solicitando se dicte sentencia revisando y anulando la recurrida, y mandando en su caso retrotraer los autos de instancia al estado pendiente en el momento de dictarse la misma, resultando de lo ex-

puesto que no se menciona el número o motivo concreto de los cuatro previstos en el art. 1.796 de la L. E. Civ., limitándose a citar el art. 68 de la L. Por. Lab., que autoriza al Magistrado de Trabajo a dictar sentencia «in voce» en atención a la cuantía del procedimiento, o de la prestación económica que en el mismo se discute, y en el caso concreto de la sentencia que se recurre, era claro que la cuantía de la prestación es muy superior a la que dicho precepto autoriza, para dictar aquella resolución en la forma que lo fue, ya que el 4 de enero de 1980 recibió la recurrente del Instituto Nacional de Previsión un requerimiento para ingresar la cantidad de 692.858 pesetas, importe del capital necesario para el percibo del recargo del 40 por 100 de la pensión reconocida al trabajador por la sentencia dicha, consecuentemente al no estar incluido ese motivo en ninguno de los enumerados en el art. 1.796 de la L. E. Civ., procede, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, con pérdida del depósito constituido y la imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.809 de la L. E. Civil.

PLAZOS PARA INTERPONER LA DEMANDA.

S 15 octubre 1981 (RA 3968)

*El plazo de tres meses se computa a partir del día del descubrimiento de los documentos nuevos o del fraude.*

CONSIDERANDO: Que formulado recurso de revisión por la sociedad «Golf y Sol Hoteles, S. A.», contra sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Málaga, de 7 de marzo de 1977, sobre reclamación de salarios, promovida por Tomás G. A. contra «Las Brisas Club, S. A.» y «Golf y Sol Hoteles, S. A.», en la demanda se señaló como domicilio de los demandados «camino de Camojan Las Brisas Club Marbella», haciéndose las citaciones con acuse de recibo simplemente a

Marbella, devolviéndose las tarjetas firmadas por personas no identificadas (folios 7 y 8) y dictándose sentencia sin que comparecieran los demandados, que fueron condenados a abonar al actor 210.775 ptas., cuya sentencia fue notificada por edictos, sin que en el fallo publicado figurara la demandada «Golf y Sol Hoteles, S. A.» (folio 19); la sentencia fue ejecutada, embargándose la finca Brijan en el término de Behavis, propiedad de «Golf y Sol Hoteles, S. A.», anotándose el embargo, saliendo los bienes a subasta, cuyos anuncios en los que figuraba nominalmente «Golf y Sol Hoteles, S. A.», se publicaron en el B. O. de la Provincia de Málaga de 12 de agosto de 1979, habiendo sido peritados por valor de 650 millones de pesetas y siendo adjudicada la finca tras tercera subasta desierta al actor por 210.775 pesetas por Auto de 30 de octubre de 1979, que cedió el remate a don Antonio V., que solicitó y obtuvo la escrituración de la finca a su nombre; la sociedad «Golf y Sol Hoteles, S. A.» cesó a su administrador único el 23 de marzo de 1977; el 18 de octubre de 1979, según manifiesta el recurrente, se expidió por el Registrador de la Propiedad de Marbella certificación relativa a la propiedad en la que aparece anotado preventivamente embargo por crédito salarial del que es titular Tomás G. A.; según señala el recurrente intentó, sin lograrlo, localizar los autos en la Magistratura donde fijamente estaban el 20 de noviembre y de donde se remitieron al Notario encargado de escriturar la adjudicación.

Que en el recurso se pretende impugnar una sentencia firme de la Magistratura de Trabajo de Málaga que fue ejecutada mediante adjudicación de finca valorada en 650 millones de pesetas por 210.775, cediendo el remate el ejecutante —analfabeto pero constantemente asistido por Letrado— a un tercero por otro lado en el juicio ante la Magistratura las citaciones y la notificación de la sentencia se produjeron con claras anomalías; sin embargo, la Sala ha de limitarse a aplicar la normativa vigente contenida en el

Título XXII del Libro II de la L. E. Civil, al que se remite, con remisión directa, distinta de la supletoria de la disposición final primera, el art. 180 de la L. Pro. Lab.; dicha legalidad, en el art. 1.798 de la L. E. Civil, señala que en los casos previstos (para interponer el recurso de revisión) en el art. 1.796 el plazo para hacerlo será el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieran los documentos nuevos o el fraude, lo que lleva de la mano en el caso concreto a dilucidar cuando el recurrente conoció o pudo conocer desplegando la mínima diligencia exigible, la presunta maquinación fraudulenta ocultación en la demanda del domicilio de los demandados —que alega para fundamentar la revisión en el núm. 4 del art. 1.796 de la L. Pro. Civ., pues si ello ocurrió antes de los tres meses a que se refiere su art. 1.798 habría de desestimarse el recurso presentado fuera de un plazo que lo es de caducidad, según Sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal de 24 de marzo de 1972, bien que a diferencia del plazo de cinco años del art. 1.800 no sea de aplicación automática—; es claro que de haber transcurrido los tres meses señalados sin deducir demanda-recurso de revisión será innecesario por inútil y pese a la importancia cuantitativa del asunto entrar en el examen de si realmente existió o no maquinación fraudulenta que hiciera viable el recurso que, en todo caso, habría de desestimarse por presentado fuera del plazo.

Que la Sociedad «Golf y Sol Hoteles, S. A.», cuya actividad en 1977 era escasa e irregular, lo que dio lugar a que en 23 de marzo se diera el cese al administrador único, señor D., hubo de conocer y sin duda conoció que se había dictado la sentencia que hoy se pretende rescindir, al menos desde el 12 de agosto de 1979, en que en el B. O. de la Provincia de Málaga se anunció la subasta de la importante finca de su propiedad mediante edicto y publicado por la Magistratura núm. 2 de las de Málaga en el que se señala se subasta la finca valorada en 650 millones

de pesetas en autos de ejecución instada por Tomás G. A. contra «Las Brisas, S. A.» y «Golf y Sol Hoteles, S. A.»; aparte de ello, según manifiesta el hecho sexto del escrito del recurso, con fecha de 18 octubre de 1979 es expedida por el Registrador de la Propiedad de Marbella certificación sobre la propiedad de «Golf y Sol Hoteles, S. A.» en la que aparece un embargo, por salarios, a favor de don Tomás G. A. de 210.775 pesetas, pero sin señalar la certificación ni la Magistratura ante la que se sustentaba el proceso ni el número de los autos, no aportó el recurrente dicha certificación a que alude en su exposición, cual pudo y debió hacerlo, por lo que no cabe advenir la certeza de su afirmación, mas en todo caso es evidente que pudo: a) solicitar del Registro de la Propiedad certificación literal del asiento —L. H. de 8 de febrero de 1946, art. 223, en relación con los arts. 335 y siguientes del Regl. H. de 14 de febrero de 1947—, postulando que se hiciera constar expresamente la Magistratura que ordenó el embargo y el número de los autos; b) acudir al Registro de la propiedad de Marbella, pidiendo en base al art. 22 de la L. H. y 332 de su Reglamento, exhibición de libros o simple nota informativa, indicativa de la Magistratura y número de autos del embargo anotado a favor de don Tomás G. A.; c) según señala, con evidente imprecisión, en el hecho sexto de su escrito al tener conocimiento de la certificación del Registro de 18 de octubre de 1979, trató de averiguar el número de los autos de que dimanaba el embargo acudiendo a la Magistratura —no indica el día en que lo hizo— y una vez conocido el número de los autos en fecha posterior al 30 de octubre de 1979 —que tampoco concreta—, que es la del auto de adjudicación, tampoco pudo examinarlos, toda vez que, según información verbal obtenida en la Secretaría de la Magistratura —los autos habían sido entregados al Notario encargado del otorgamiento el 20 de noviembre de 1979, que los devolvió el 3 de marzo de 1980—; no es cierto que

los autos se entregaran al Notario el 20 de noviembre, pues tal fue la fecha en que por la Magistratura se acordó oficiar y se ofició al Decano del Colegio Notarial de Málaga, para que designara al Notario que había de escriturar la adjudicación; d) el recurrente no señala realizara otra gestión intentando recabar información sobre el asunto.

Que de lo expuesto se deduce con claridad existen dos fechas objetivamente determinables, notoriamente anteriores en tres meses a la de 22 de marzo de 1980 en que se interpuso el recurso, cual son la de 12 de agosto de 1979 en que se anunció la subasta de la finca y la de 18 de octubre de 1979, en que según propia manifestación obtuvo el recurrente certificación del Registro de que figuraba el embargo del actor sobre la finca; desde tales fechas pudo la sociedad recurrente conocer la sentencia de la Magistratura de la que derivaban el embargo y la subasta recabando el examen de los autos correspondientes que es claro continuaban en la Magistratura el 20 de noviembre de 1979, pese a la afirmación en contrario del recurrente, que en su recurso no concreta en absoluto las fechas en que realizó gestiones conducentes a examinar dicho auto, cuyo número indudablemente conocía o si lo desconocía sólo cabe que lo fuera por negligencia inexcusable, pues tuvo, según se razonó, medios y motivos suficientes para conocerlos y examinarlos.

Que en razón de todo cuanto queda argumentado, necesario es concluir que por la aplicación ineludible del artículo 1.798 de la L. E. Civ., ha de estimarse improcedente la demanda revisoria, sin que a esta desestimación se opongan las peculiaridades, tan poco usuales, que en el caso concurren, porque aun siendo ellas susceptibles de un posible remedio por otras vías procesales que el Ordenamiento jurídico tiene, no es adecuada la elegida, acudiendo al recurso excepcional de revisión transcurrido ya, con exceso, el término de caducidad al que se refiere el art. 1.798 citado; por lo dicho, y en

concordancia con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede entender interpuesto el recurso fuera de plazo señalado en el art. 1.798 de la L. E. Civ., lo que conduce a su desestimación con pérdida de los depósitos realizados a los que se dará el destino previsto en el art. 1.799 de la Ley Procesal citada.

#### 14. PROCESO POR DESPIDO

PLAZO DE CADUCIDAD.

S 2 mayo 1981 (RA 2057)

*Cómputo del plazo de caducidad cuando en la vía previa ha habido silencio administrativo.*

CONSIDERANDO: Que el primer motivo, de los dos integrados en la formalización del recurso, el primero amparado en el art. 167 de L. Pro. Lab., aparte defectos al no determinar en el planteamiento el concepto en que la infracción acusada fuere cometida, por aplicación, o inaplicación o interpretación errónea, del art. 164 de dicha Ley, que expresamente detalla, aunque parece quiso decir el 64, así como impreciso al referirse al 49 también de aquella ley y 145 de la de Procedimiento Administrativo, habla de interpretación equivocada y también de indebida; en todo caso, la argumentación es inviable y el motivo no puede prosperar, al pretenderse demostrar existencia de plazo superior al que sirve de base a la sentencia recurrida para declarar, como lo ha hecho con acierto, sin transgresión alguna de dichas normas y concordantes, tal caducidad, pues la normativa de que se vale la impugnante, no dejó de ser observada, al respetarse la interrupción que la reclamación previa en vía gubernativa, obligada en las producidas contra el Estado u Organismo de él dependiente, como en este caso la Diputación Provincial en la que la interesada asevera prestaba sus servicios laborales, y según dispone el referido art. 9 que en su párrafo 3.º establece, se contarán los días

anteriores a la reclamación y posteriores a la resolución o a la fecha en que debió quedar resuelta, aunque aquí tan sólo con los días pasados tras el plazo para entender por silencio administrativo, o sea desde el 15 de febrero de 1977, que transcurrió el de un mes, en 15 de enero fue presentada dicha reclamación previa y según y dado previene, también específicamente, el art. 64 referido concretamente a los despidos producidos por autoridades y corporaciones locales en concordancia expresa con el 376 del Texto Refundido de la Ley de Administración Local, y ello en los conflictos individuales como el de autos, corroborándolo el 145-3 de la de Procedimiento Administrativo, que si fija el plazo de dos meses para ejercicio de la acción laboral, más exceptúa precisamente las de despido, que reduce a quince días; término sobrepasado al haberse presentado la demanda el 16 de marzo del mismo año 1977 y computado en fin de la forma dispuesta en el 98 de la L. Pro. Lab., concordante de los anteriores.

## 15. PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

NULIDAD DE ACTUACIONES.

S. 28 septiembre 1981 (RA 3494)

*La falta de aportación del expediente administrativo a los autos, conforme al art. 120, I LPL, es causa de nulidad de actuaciones.*

CONSIDERANDO: Que cuestión previa al examen de las suscitadas por la parte en su recurso, y que por lo mismo ha de resolverse con prioridad, es la enunciada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, en el que acusa la infracción en la instancia del párrafo 1.º del art. 120 de la L. Pro. Lab., al no haberse reclamado, ni aportado a los autos, pese a ser preceptivo, el expediente administrativo seguido ante las Comisiones Técnicas Calificadoras, lo que determina, según aquél, la nulidad de la sentencia recurrida,

dada la entidad de la infracción y el carácter de las normas rectoras del procedimiento, declaración que tiene que acordarse en este momento procesal, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, contenida entre otras en las SS. de 18 octubre 1971, 13 noviembre 1972, 2 enero 1975, 11 diciembre 1978 y 5 noviembre 1979, en las que se declara que la aportación a los autos del mencionado expediente administrativo es básica y fundamental, al ser antecedente esencial de la pretensión por contener las alegaciones de hecho, inalterables en el recurso jurisdiccional, y demás datos fácticos, premisa del proceso revisorio de los acuerdos de las Comisiones Técnicas Calificadoras, con la consecuencia de que su no aportación, implica defecto sustancial invalidante por nulidad, incluso apreciable de oficio, y pese a tal doctrina consecuencia del imperativo mandato del citado párrafo del art. 120 del Texto de Procedimiento, ni en la providencia admitiendo a trámite la demanda, sobre invalidez permanente en el grado de incapacidad absoluta por enfermedad común, en la que pese a ello se alude a motivada por accidente, ni con posterioridad, se acordó reclamar las actuaciones seguidas por las Comisiones Técnicas Calificadoras, sin que figuren las mismas en los autos, lo que da lugar a la infracción procedimental denunciada por el Ministerio Fiscal, con la consecuencia de que en el proceso faltan los datos relativos a la reclamación previa administrativa, omisión determinante de la nulidad de la sentencia de instancia, para que retrotrayendo las actuaciones al estado procesal que tenían inmediatamente después de celebrado el juicio, el Juzgador de Instancia, de conformidad con la facultad que le concede el art. 87 de dicho Texto Procesal, subsane tal omisión, reclamando el expediente administrativo de la Comisión Técnica correspondiente administrativo de la Comisión Técnica correspondiente para su unión a los autos, con todo lo demás que proceda con arreglo a Derecho;

que imposibilita legalmente entrar a examinar los tres motivos formalizados por el trabajador recurrente; error de hecho en la apreciación de las pruebas, incongruencia de la sentencia de instancia y violación del número 5.º del art. 135 de la L. Seg. Soc., y concordantes en los que se censuraba el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión del demandante, sobre invalidez permanente en el grado de incapacidad absoluta.

HECHOS NUEVOS EN LA DEMANDA RESPECTO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PREVIO.

S 29 octubre 1981 (RA 4102)

*Conforme al art. 120, II LPL, el demandante en su demanda no puede alegar hechos nuevos distintos a los que constan ya en el expediente administrativo.*

CONSIDERANDO: Que el art. 120 del Texto Regulator del Pro. Lab. consta de tres párrafos separados, cada uno de los cuales regula cuestión diferente, independiente de las materias objeto de regulación en los otros, pese a lo cual el motivo primero de los que en el recurso se articulan, con amparo en el núm. 1.º del art. 167 del Texto Pro. Lab. acusa la infracción, por el concepto de interpretación errónea, de lo dispuesto en el dicho art. 120, sin concretar el párrafo del mismo que supone infringido, formulación defectuosa del motivo, contraria a lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 1.720 de la L. E. Civ., que exige que la Ley o precepto legal que se crea infringido sea citada con claridad y precisión, defecto insalvable y como la norma infringida con tan vicioso planteamiento es de carácter público y obligada observancia su incumplimiento impone la inadmisión del motivo, que en este trámite y jurisdicción se convierte en causa de desestimación, por lo dispuesto en los arts. 1.728, 1.º, y 1.729, 6.º de la L. Pro. Civ.; pero si salvando el obstáculo procesal apuntado nos adentramos en el estudio del motivo,

por la función tuitiva de la Jurisdicción Laboral que atenúa el rigor formal que impera en la casación civil, la solución ha de ser igualmente desestimatoria. Del razonamiento defensivo del motivo se deduce que la disposición que la recurrente supone infringida por el Juzgador de instancia es la contenida en el párrafo 2.º del art. 120 de acuerdo con el cual: «En el proceso ante la Mag. Trab. no podrán aducirse hechos distintos de los alegados para resolver el expediente administrativo», alegación de infracción que quiere defenderse afirmando que la Magistratura de instancia no ha tomado en consideración, ni valorado, la supuesta «insuficiencia mitral pura de origen reumático en estado latente», que por la recurrente se dijo padecer por primera vez en el acto del juicio y pretende justificar su realidad con aportación de un solo informe médico que, expedido a su instancia, aparece unido al folio 37 de las actuaciones, sin que aparezca ratificado por el facultativo que lo autoriza, y respecto de cuya alegación la Magistratura de instancia, con evidente acierto, dice: «reservándose a la misma la facultad de poder iniciar nuevo expediente ante la Comisión Técnica Calificadora en cuanto a las lesiones cardíacas que al parecer sufre». El precepto que por la recurrente se cita como infringido exige que «los hechos» que, en su caso, han de servir para el ulterior proceso judicial se fijen definitivamente en el expediente administrativo; es en el mismo en el que han de concretarse los puntos en litigio que, en definitiva, han de ser decididos por el órgano jurisdiccional, imponiéndose tal limitación también al Juzgador, en cuanto que lo que no puede ser alegado ni admitido a debate en juicio, no puede ser objeto de éste ni servir de base o fundamento a la sentencia que en él se dicte, sin que el precepto haga referencia a las diligencias de prueba que en el juicio se ofrezcan y practiquen, que no las limita, por lo que esta Sala en su S. de 15 marzo 1975, que la recurrente cita en apoyo del motivo, a pesar de

que su inaplicación al presente caso resulta de la circunstancia de afectar a materias diferentes, ha señalado la distinción entre «hechos nuevos» y «valoración de la prueba documental» practicada en el proceso, afirmando que para que los documentos surtan sus efectos no es necesario que en su día se hayan incorporado al procedimiento administrativo de las Comisiones Técnicas, no es más que un antecedente que se ha de aportar a las actuaciones jurisdiccionales que quedan abiertas para recibir todos los elementos de prueba que las partes en el litigio soliciten y el Juzgador considere procedentes»; la prohibición legal se refiere de modo concreto a los hechos alegados por las partes en el expediente administrativo y el proceso ante la Magistratura de Trabajo en términos que no posibiliten la indefensión de cualquiera de las partes y aunque por hecho deba entenderse acción u obra, suceso o cosa que sucede, asunto o materia de que se trata, y en sentido amplio sea un suceso cualquiera ocurrido en la realidad, el concepto no puede aplicarse con tan extenso contenido cuando de alegación de enfermedades padecidas por el trabajador se trata, pues como dice esta Sala en su S. de 28 abril 1975, también citada por la recurrente en apoyo del motivo, «no cabe interpretar el art. 120 del Texto Procesal Laboral en el sentido de que el interesado haya de acudir ante las Comisiones Técnicas Calificadoras todas las manifestaciones y diagnósticos de sus enfermedades, sino sólo exponer las dolencias que le aquejan y la incapacidad funcional que le ocasionan», y en la de 28 mayo 1976 que si los padecimientos «alegados inicialmente ante las Comisiones aumentan su intensidad o se extienden alcanzando órganos o zonas aún no afectadas cuando conocieron las Comisiones de las pretensiones del paciente, no cabe hablar entonces de hechos distintos sino de los mismos hechos», sin que ocurra lo mismo cuando se trata de enfermedades diferentes, supuesto en el que efectivamente

se trata de hechos nuevos, o, como se dice en la sentencia últimamente citada, de «padecimientos que no guardaban entre sí relaciones ni conexión alguna», como ocurre en el presente caso, en el que seguido el expediente administrativo bajo la afirmación de padecer solamente afección en columna vertebral, incluso en los dos escritos que de la interesada figuran en el mismo (folios 20 y 29 de los autos; en este último, interponiendo recurso de alzada contra la Resolución de la Comisión Técnica Calificadora Provincial se manifiesta conformidad con la enfermedad reconocida por la Comisión) no se alude a secuela diferente, y hasta se inicia el procedimiento judicial ante la Mag. Trab., afirmando padecer: «epifisis dorsal con dolores de espalda y columna lumbar», siendo más tarde, en el acto del juicio (folio 36 de los autos) cuando se añade por la recurrente que «está afectada de una insuficiencia mitral de origen reumático», aportando en dicho acto, con naturaleza de prueba documental, un informe médico en el que se concluye afirmando el diagnóstico de que sufre: «Insuficiencia mitral pura de origen reumático en estado latente», informe no ratificado a la presencia judicial, que no pudo ser conocido por la parte demandada hasta ese momento procesal, ni intervenir en práctica de prueba pericial propiamente dicha, por lo que no ha tenido oportunidad de actuar en su defensa, contra el contenido del documento, proponiendo diligencias probatorias que pudieran desvirtuarlo, por lo que de admitirse como cierta su afirmación se llegaría a una adición fáctica de enfermedad por la dicción de un solo perito, que informa a petición de la parte demandante, y cuya enfermedad se afirma que se encuentra en estado latente, es decir, oculta, escondida, no manifiesta, por lo que al no ser alegada por la interesada no pudo ser advertida e investigada por los demás facultativos que han informado en el procedimiento, lo que obliga a que el motivo sea desestimado.

## PROCESAL ADMINISTRATIVA

JULIO GARCÍA CASAS  
 Profesor Adjunto de Derecho Procesal  
 Universidad de Sevilla

### SUMARIO:

1. Jurisdicción; 1.0. Competencia; 1.1. Naturaleza revisora; 1.2. Cuestiones de competencia. — 2. Las partes; 2.0. Legitimación. — 3. Procedimiento en primera o única instancia; 3.0. Diligencias preliminares; 3.1. Alegaciones previas; 3.2. Cosa juzgada. — 4. Recursos ordinarios contra sentencia; 4.0. Recurso de apelación. — 5. Recursos extraordinarios contra sentencias; 5.0. Recurso de revisión. — 6. Ejecución de sentencias. — 7. Disposiciones comunes; 7.0. Suspensión de la ejecución del acto administrativo; 7.1. Incidencias e invalidez de los actos procesales.

### 1. JURISDICCION

#### 1.0. Competencia

MATERIAS INCLUIDAS Y EXCLUIDAS DEL CONTROL JURISDICCIONAL. — DESLINDE ENTRE CUESTIONES LABORALES Y ADMINISTRATIVAS.

S 9 diciembre 1980 (Sala 3.<sup>a</sup>) (RA 4618)

*Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Delegación de Trabajo y de la Dirección General de Trabajo sobre reconocimiento de un derecho a la tarjeta que facultaba a los interesados a viajar gratuitamente en vehículos de la*

*Empresa Municipal, la Sala de la Audiencia Territorial dicta sentencia desestimatoria del recurso contencioso. Promovida apelación, el TS confirma la sentencia de la Audiencia, desestimando el recurso interpuesto.*

CONSIDERANDO: Que si este TS en SS. de 27 mayo 1967 tiene declarado «que si bien los límites de la Jurisdicción contencioso-administrativa están normalmente determinados, según acertada expresión del Preámbulo de la Ley Jurisdiccional por la esencia del Derecho administrativo, y, debe conocer aquélla, de las pretensiones que se deduzcan, en relación con los actos de la Administración Pública sujetos

a Derecho administrativo, según dispone el art. 1.º, quedando excluidas de su ámbito las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la Jurisdicción Ordinaria conforme a lo preceptuado en el art. 2, no sucede igual con aquellas otras», como las de índole social o laboral «que aunque relacionadas con actos de la Administración Pública» no «se atribuyen por la ley a la jurisdicción social o laboral según lo establecido al final del ap. a) del art. 2, regla cuyo olvido ha obligado a realizar con frecuencia considerables esfuerzos dialécticos, a fin de justificar que, en el proceso administrativo se apliquen normas que no son propiamente administrativas cuando se trata de actos del Ministerio de Trabajo que, aun resolviendo la cuestión de índole laboral, no están expresamente exceptuadas de ser revisadas jurisdiccionalmente, porque mientras la Administración activa continúe encargada de la solución de los conflictos laborales y no se encomiende a la jurisdicción social, la revisión de los actos administrativos dictados de oficio o a instancia de empresarios y trabajadores por los organismos centrales del Ministerio de Trabajo resolviendo las cuestiones que se susciten acerca de la aplicación de normas reguladoras de la relación de trabajo, será necesariamente la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de los recursos promovidos por los interesados, a fin de obtener la anulación de los que se consideren opuestos al ordenamiento jurídico y restablecimiento de la situación jurídica que estimen vulnerada»; doctrina adecuada al supuesto que se contempla en el que aparece de manera diáfana dibujada la relación laboral regulada por la Reglamentación citada y la competencia resolutoria de la Delegación de Trabajo y por ende la jurisdiccionalmente revisora que en esta fase ha podido dar lugar al recurso contencioso revisor de la que viene atribuida a la administración laboral.

### 1.1. Naturaleza revisora

IMPROCEDENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS DECLARATORIOS. — NULIDAD DE ACTUACIONES. — DEFECTOS DE FORMA: ANULABILIDAD. — DOCTRINA GENERAL.

S 6 octubre 1980 (Sala 4.ª) (RA 3857)

*El caso contempla dos recursos contencioso-administrativos acumulados, interpuestos por un particular contra acuerdos del Ministerio de Trabajo (Dirección General de la Seguridad Social), anteriormente recurridos en alzada y desestimados por el citado Ministerio, en un asunto concerniente a los Estatutos de la Mutua General del Clero Español. El TS los desestima totalmente.*

CONSIDERANDOS: Que, por otra parte, no puede olvidarse que en el proceso contencioso-administrativo las cuestiones planteadas —igual ocurre con los motivos que le sirven de apoyo— lo son en función de la legalidad o no del acto o disposición que se impugna, sin que sea correcto pretender declaraciones de derechos, etc., que extravasan el ámbito del procedimiento administrativo en que nació la resolución combatida, cuyo ámbito objetivo (y salvo supuestos de incongruencia defectiva) predetermina el que haya de darse al proceso; en este sentido ha de afirmarse también que no todos los vicios de procedimiento generan la nulidad por ser lo contrario la regla general en este campo —pues aparte de los supuestos de nulidad absoluta, artículo 47, la simple se reconduce a los casos de indefensión o supuestos de imposibilidad de que el acto alcance su fin, art. 48, 2 de la L. Pro. Adm.— y no darse en ninguno de los procedimientos que generaron las Resoluciones combatidas infracciones esenciales de trámite y menos actuación inadecuada de órgano manifiestamente incompetente (la Junta Rectora); ya que lo que decidió en la sesión citada fue dar cumplimiento a lo ordenado por autoridad competente, dentro del círcu-

lo de sus atribuciones y sin vislumbrarse extralimitación alguna, lo cual supone actuar como mero órgano de ejecución de algo que resultaba legalmente inexcusable para que los Estatutos aprobados por la Asamblea entrasen en vigor en plenitud, lo cual supone el rechazo de la objeción de incompetencia atribuido a tal órgano, pues aparte de que lo añadido no suponía, por su naturaleza, acto o manifestación alguna de voluntad social, ante la falta de regulación expresa del supuesto debe prevalecer el criterio mantenido por la Administración, no sólo como consecuencia de la presunción de legalidad de su actuar (aquí no desvirtuada), sino de las facultades de interpretación, con alcance general, le atribuía el ordenamiento entonces vigente.

Que finalmente tampoco existen las incoherencias o contradicciones que se alegan de contrario y, en especial, frente a la Res. de 13 marzo 1973, pues como se ha dicho, la Administración entendió, en base de sus facultades, la necesidad de incorporar a los Estatutos determinadas observaciones (por razones técnicas y de legalidad), que impone la resolución dicha a la vez que intenta compatibilizar (por razones de seguridad jurídica y economía procesal, etc.) con el funcionamiento de la Mutualidad en base de lo que tiene de válida la Resolución de la Dir. Gral. de 9 diciembre 1972, ratificándola, ap. 2.º de la parte dispositiva, «una vez se introduzcan las adiciones, etc.» declaración congruente con la de estimación parcial del recurso (ap. 1.º) y que han de actuar como especie de «conductio iuris» a cuyo cumplimiento se subordina la plena validez y eficacia del Estado de la Mutua del Clero Español; técnica jurídica enteramente acorde con el ordenamiento jurídico.

### 1.2. Cuestiones de competencia

CUESTIÓN DE COMPETENCIA ENTRE DOS SALAS DE AUDIENCIA.

S 3 octubre 1980 (Sala 5.ª) (RA 3565)

*En una cuestión de competencia entre las Salas de la Audiencia Territorial de Valladolid y de Madrid, planteada de forma negativa, es decir, declarando la primera no corresponderle el conocimiento de un asunto (resolución de la Dirección General del I.N.P.) sobre concurso para la provisión de plazas de Médicos Adjuntos de una Residencia Sanitaria en Salamanca, y resolviendo la segunda también en sentido negativo, el TS resuelve la cuestión, declarando que el conocimiento del asunto corresponde a la de Valladolid.*

CONSIDERANDO: Que de las dos tesis interpretativas de una y otra Audiencia, debe aceptarse la de la Sala de la de Madrid, porque, primero, las palabras «actos y resoluciones» utilizadas en el ap. b) del art. 10, núm. 1, lo son en expresión genérica, y, por tanto, referida tanto al acto originario como al acto decisorio de recurso administrativo; segundo, porque cuando la regla segunda del art. 11 habla de la circunscripción donde «se hubiere realizado el acto originario» y ser este lugar también en el que ha de decidirse recurso administrativo contra él, dado el ámbito de competencia nacional señalado en el ap. b) del mismo art. 10, núm. 1, se entiende lógicamente que siendo tal lugar el de la sede central de los órganos de esa competencia, lo querido por la norma es posibilitar al demandante el derecho previsto en ella para elegir el fuero territorial, pues en otro caso carecería de sentido tal referencia de situación (sede y lugar) como término opuesto al de opción concretada en el domicilio del actor; y, tercero, porque habida cuenta de los principios antiformalistas de la L. Cont-Adm., clara y especialmente manifestados en la ma-

teria de personal, la interpretación expuesta es la más acomodada a ellos, ya que, a la vez de facilitarse al actor la elección del fuero territorial de su propio domicilio, que le resultará más cómodo y práctico, se evita la discriminación entre recurrentes con este derecho de opción y recurrentes que carecen de él; debiéndose recordar, por la analogía de casos, el auto de esta Sala fecha 12 marzo del actual año, que decidió también cuestión de competencia.

## 2. LAS PARTES

### 2.0. Legitimación

RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR COADYUVANTE, CUYA POSICIÓN PROCESAL CORRECTA ES LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA. — ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO.

S 25 octubre 1980 (Sala 4.ª) (RA 3947)

*Unos particulares interponen conjuntamente recurso de alzada contra acuerdos de un Ayuntamiento y de la Comisión Provincial de Arquitectura y Urbanismo de la Capital de su Provincia (confirmatorio del primero), que aprueban el Plan Parcial del Casco Urbano de la Ciudad. Ante el silencio administrativo, los recurrentes interponen recurso contencioso-administrativo (acumulados); y la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia, anulando el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo y Arquitectura citada, así como la denegación presunta por silencio de la alzada deducida contra aquél. Promovida apelación por el Ayuntamiento demandado, la Sala del TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, desestima el recurso, confirmando aquélla en todos sus pronunciamientos.*

CONSIDERANDOS: Que habiendo intervenido en este proceso el Ayuntamiento en defensa de la validez y legalidad del Plan Parcial de Ordenación

Urbana del Casco de su capitalidad, del cual ha sido autor con fiscalización estatal aprobatoria, no puede abrigarse duda alguna que, conforme al artículo 29 de la Ley de esta Jurisdicción, dicho Ayuntamiento merece la consideración de demandado y debe por tanto reconocérsele la legitimación para apelar que le confiere el núm. 1 del art. 95 de la citada ley y ello aunque en primera instancia se haya aceptado su comparecencia en concepto de coadyuvante, al cual le niega dicha legitimación el núm. 2 del mismo artículo, pues los conceptos de demandado y coadyuvante vienen legalmente predeterminados en el mencionado artículo 29 y en el siguiente art. 30, cuya fuerza normativa y eficacia no pueden subordinarse a una mera declaración rituarial de simple trámite, la cual carece en absoluto de virtualidad para negar, con grave detrimento del derecho de defensa, un recurso de apelación a aquella parte procesal que viene legitimada para su interposición en aplicación racional y lógica de los citados preceptos legales.

Que el estudio y examen de la sentencia apelada hace de la Memoria económico-financiera, integrada en el Plan de autos por exigencia del art. 10, 2, a) de la Ley del Suelo de 1956, no refleja en modo alguno una identificación de dicho documento con un presupuesto de obras en el que deba detallarse todas y cada una de las partidas del mismo, sino que muy al contrario, recoge con toda fidelidad el concepto jurisprudencial reiteradamente declarado de que el citado documento debe reflejar, aunque sea con cierto margen de generalidad y aproximación, aquellas cifras reales y ponderadas que garanticen la efectiva posibilidad de la ejecución del Plan y eviten que éste se manifieste como un simple estudio de aventurado o inviable realización, siendo imprescindible para ello que la Memoria contenga, como primer dato esencial, el coste real del Plan y, sobre él, se consignent los proporcionales medios económicos o fuentes de financiación con que realmente se cuente

para cubrir dicho coste y que tales prevenciones no se cumplen viene sólidamente justificado por el análisis crítico que la sentencia apelada hace con fundamento en unos razonamientos que esta Sala, por su acierto, acepta íntegramente y da aquí por reproducidos.

### 3. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

#### 3.0. Diligencias preliminares. Recurso de reposición

EFICACIA DE LAS NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS DESDE QUE EL INTERESADO SE DA POR NOTIFICADO. — PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL. — ANÁLISIS DEL FONDO, ANULANDO PREVIAMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE DECLARA INDEBIDAMENTE LA EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

S 17 noviembre 1980 (Sala 5.ª) (RA 4193)

*Dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar resolución, desestimando la reposición deducida por el recurrente frente a un acuerdo anterior del mismo Consejo sobre revisión de haber pasivo, el particular recurre en la vía contenciosa. El TS estima el recurso, declarando el subsiguiente derecho del recurrente a que le sean abonados los derechos pasivos en la cuantía y forma que la sentencia indica.*

CONSIDERANDOS: Que no habiendo entrado la Administración a conocer del fondo del asunto por estimar que el recurso de reposición había sido interpuesto fuera de plazo, el problema a resolver está circunscrito en principio a determinar si efectivamente ha existido tal extemporaneidad, que justifique la resolución impugnada, y a este fin hay que partir de que el señalamiento del haber pasivo correspondiente al demandante es un acto administrativo que ha sido publicado en el

Diario Oficial del Ejército, según se desprende del expediente, aunque no aparece unido al mismo en original o copia de dicha publicación, pero que también ha sido notificado al recurrente según acreditó éste en los autos, por lo que ante esta dualidad de comunicaciones debe entenderse como «dies a quo» para el cómputo del plazo del recurso de reposición el siguiente al de la notificación que por ser posterior a la publicación resulta más favorable al interesado, pero al hacer uso de ese medio se advierte que carece el acto de la notificación de los requisitos exigidos en el art. 79-3 del D. de 2 junio 1966 que adapta la L. Pro. Adm. a los Ministerios Militares, y concretamente de la fecha de notificación, por lo que a tenor de lo dispuesto en el núm. 3.º del citado precepto surtirá efecto a partir de la fecha en que el interesado interpuso recurso de reposición que era el pertinente contra el acto notificado, toda vez que no habían transcurrido los seis meses a los que se refiere el núm. 4.º del precepto expresado, y por consiguiente debe anularse el acto administrativo que no entró a conocer del fondo del asunto por extemporaneidad del recurso de reposición.

Que anulado el acto administrativo recurrido en el que la Administración se negó a conocer de la cuestión sustantiva o de fondo, es procedente entrar en su examen sin devolver el expediente a la Administración para que se pronuncie sobre la cuestión material planteada, y ello sin infracción alguna del carácter revisor que tiene atribuido esta jurisdicción, por cuanto existiendo un acto administrativo recurrible, cualquier que sea su contenido queda facultada esta jurisdicción para conocer del mismo con todas sus consecuencias, que pueden conducir tanto a confirmar ese acto, como a declarar su anulación, quedando libre en este caso el acceso para resolver sobre el acto originario que también ha sido objeto de impugnación, y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, acudiendo además al principio de economía procesal

que resultaría infringido si, contando con elementos suficientes para resolver el fondo del asunto, se acordara el revocatorio del expediente para que la Administración resolviera sobre la cuestión sustantiva planteada, produciendo una dilación innecesaria en el procedimiento, máxime cuando ya se conoce que su criterio es opuesto a las pretensiones del recurrente porque así se ha pronunciado en varios expedientes de idéntico contenido, que han sido resueltos por esta Sala.

Vid. SS. del TS. 3 marzo 1976, 7 diciembre 1976, entre otras.

### 3.1. Alegaciones previas. — Inadmisibilidad

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO. — CRITERIO ESPIRITUALISTA DE LA LEY DE JURISDICCIÓN. — PRINCIPIO «PRO ACTIONE» QUE DEBE INSPIRAR EL EXAMEN Y ADMISIÓN DE CAUSAS DE INADMISIBILIDAD.

S 4 noviembre 1980 (Sala 4.ª) (RA 4256)

*En un expediente sobre deslinde de fincas, recurrido en reposición el acuerdo del Ayuntamiento, que éste estima, y solicitada la ejecución del mismo, no se produce actividad alguna por parte de la Corporación; con lo que, denunciada la mora, la ejecución se entiende denegada por silencio administrativo. Interpuesto recurso contencioso, la Sala de la Audiencia dicta sentencia, rechazando la causa de inadmisibilidad alegada, y estimando el recurso en cuanto al fondo, declarando contraria al Ordenamiento Jurídico la indicada denegación de ejecución. Promovida apelación, el TS. la desestima, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, que confirma en todos sus pronunciamientos.*

CONSIDERANDO: Que el señor Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, alega un motivo de inadmisibilidad del recurso, que incardina en el art. 82, c) de la Ley Jurisdiccional, en relación con los 37 y

38 del mismo texto legal, y cuyo fundamento fáctico lo encuentra en que, habiéndose interesado del Excmo. Ayuntamiento en fecha 21 octubre 1972, la ejecución del Ac. de 25 abril del mismo año, en 20 diciembre 1974, sin haber denunciado la mora, se formula nueva petición sobre lo mismo, conducta que, en opinión del digno representante del Ayuntamiento demandado, denota una tácita sustitución de la primera petición, por lo que se formula de nuevo, y, ante el silencio de la Administración, en 25 febrero 1975, sin que hubieran transcurrido tres meses, denuncia la mora, extemporaneidad que determina la inadmisibilidad del recurso; sin embargo, esta tesis del señor Abogado del Estado, peca de un excesivo formalismo, ya que si bien es cierto que en el escrito de fecha 20 diciembre 1974 no se empleaban expresamente las palabras «denuncia de la mora», no lo es menos que tal escrito no podía tener otra finalidad que servir de recordatorio al Ayuntamiento, para que se llevara a debido cumplimiento lo que se había acordado en 25 abril 1972, y teniendo en cuenta el carácter antiformalista de la Ley Jurisdiccional y la absoluta necesidad de que el principio «pro actione» sirva de norte en el examen de las causas de inadmisibilidad, teniendo en cuenta, por otra parte, que lo interesado del Ayuntamiento no era sino la ejecución de lo previamente acordado y que, en todo caso, a pesar del tiempo transcurrido, el citado Organismo aún no ha resuelto la petición, tiene que llevar a la desestimación de la inadmisibilidad alegada, para entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO POR LA NO INTERPRETACIÓN PREVIA DEL OBLIGADO RECURSO DE REPOSICIÓN.

S 31 octubre 1980 (Sala 5.ª) (RA 3608)

*En un recurso contencioso-administrativo, la Sala desestima la excepción previa de inadmisibilidad alegada por*

*la Abogacía del Estado, sobre la no interposición previa del recurso de reposición, y estima en parte el recurso interpuesto en vía jurisdiccional contra acuerdo de un Ayuntamiento aprobatorio del proyecto de parcelación de un polígono que afecta a un edificio propiedad de los recurrentes. Interpuesta apelación, el TS. la desestima, confirmando la sentencia apelada.*

CONSIDERANDO: Que el Abogado del Estado, única parte apelante, en primer lugar reitera la solicitud de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo aduciendo, como hizo en 1.ª Instancia, que fue interpuesto sin haberse promovido antes el obligado recurso de reposición; pero tratándose de acuerdo del Ayuntamiento que aprobó definitivamente el Proyecto de Reparcelación del Polígono 12 del Plan General de Ordenación Urbana, y señalada en su notificación al particular interesado la vía administrativa de alzada, la cual éste siguió formalizando el correspondiente recurso ante la Comisión Provincial de Urbanismo, en cumplimiento de lo señalado y conforme a los arts. 81-4, 225 y 226-1 de la entonces vigente Ley del Suelo de 12 mayo 1956, quedó por ello dispensado del previo de reposición a tenor del 53-a) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 27 diciembre 1956; sin que se le obligara, aun cuando la notificación dicha fuese de 28 junio 1975, lo preceptuado en los arts. 83-2 y 225 de la L. de 2 mayo 1975, de reforma de la anterior del Suelo, porque es Ley que entró en vigor con posterioridad a la fecha del acuerdo municipal recurrido, a más de que, como bien expresa la sentencia de la Audiencia, de haber sido errónea la diligencia de notificación, al indicar vía improcedente, e imponerse por tanto su nulidad y la retroacción de actuaciones, la aplicación del principio de economía procesal impondría aceptar la presente situación por estimarse fundadamente que el acuerdo resolutorio nuevo sería idéntico al precedente.

### 3.2. Sentencia: Cosa juzgada

DOCTRINA GENERAL SOBRE DISTINCIÓN ENTRE COSA JUZGADA, Y «COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA»

S. 6 noviembre 1980 (Sala 4.ª) (RA 5120)

*La Comisión Municipal Permanente de un Ayuntamiento acordó declarar que una finca urbana es inscribible a todos los efectos en el Registro de Solares, quedando sujeta a edificación forzosa en dos años. Recurrido el acuerdo en reposición, fue desestimado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto. El TS. aceptando sustancialmente los considerandos de la sentencia apelada, la confirma, desestimando en consecuencia la apelación interpuesta.*

CONSIDERANDO: Que, al aducir los actores la cosa juzgada con base en que en un acuerdo anterior del propio Ayuntamiento se había declarado que el inmueble debatido estaba exceptuado de su edificación forzosa, es claro que invocaron la llamada «cosa juzgada administrativa», locución incluso utilizada en el art. 63 del Reglamento de Procedimiento Económico Administrativo para referirse a la irrevocabilidad de los actos administrativos firmes, pero que la jurisprudencia sólo con grandes reservas y como expresión figurada admite en cuanto a su asimilación a la cosa juzgada procesal, tanto por la variabilidad de la actividad administrativa como por constituir la «res iudicata» una privativa condición de las resoluciones judiciales, en absoluto inatacables cuando adquieren tal eficacia, cualidad que en modo alguno corresponde a los actos administrativos que, aun firmes, pueden ser revocados y, en todo caso, revisados por esta jurisdicción —SS. de 2 febrero y 28 junio 1978—; careciendo de trascendencia, a los efectos de esta litis, una mayor puntualización del criterio expuesto, porque no se ha demostrado

el supuesto de hecho en el que se ampara la alegación, es decir, la realidad del precedente acuerdo del Ayuntamiento mencionado en el decreto de la Alcaldía de 1 abril 1974, por ser negativa al respecto la certificación del secretario de la aludida corporación expedida el 20 mayo 1976, e incluso si se diera por cierta la existencia de la primitiva resolución no sería bastante para estimar acreditada la coincidencia entre la casa núms. 23 y 25, objeto del nuevo expediente, con el núm. 27 duplicado, aparte de que tampoco constarían las demás circunstancias de ésta.

#### 4. RECURSOS ORDINARIOS CONTRA SENTENCIAS

##### 4.0. Recurso ordinario de apelación

PROCESO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN. NECESIDAD DE ESCRITO RAZONADO.

S 3 octubre 1980 (Sala 3.<sup>a</sup>) (RA 3735)

*En un recurso especial contencioso-administrativo, articulado al amparo de la Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, la Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia estimando parcialmente el recurso interpuesto contra denegación presunta por silencio administrativo de una solicitud dirigida al Ministerio de Trabajo sobre cesión de locales integrados en el patrimonio adscrito a la A.I.S.S. Recurrída la sentencia en apelación por el Abogado del Estado, el TS. desestima dicha apelación, confirmando la sentencia apelada, así como la adhesión a la apelación del particular a la parte dispositiva del fallo de instancia.*

CONSIDERANDO: Que al tener la materia objeto de la presente apelación una legislación «sui generis» y específica, a ella ha de atenderse esta Sala,

quedando la Ley Jurisdiccional como supletoria de aquélla, art. 6 de la L. de 26 diciembre 1978, por lo que al preceptuar el art. 9 de la calendada Ley que la «apelación se preparará mediante escrito razonado ante la Sala sentenciadora», este Tribunal tiene que desestimar la apelación interpuesta por la Abogacía del Estado contra la sentencia que nos ocupa, toda vez que, el escrito que sirvió de vehículo a la apelación examinada, de fecha 19 mayo 1980, se formuló sin el más leve atisbo de razonamiento o consideración alguna, no sólo de hecho, sino lo que es más trascendental, de derecho, lo que implica, sin más, la desestimación del mismo, pues tal razonamiento es trascendental, ya que al no haber alegaciones ante esta Sala, son los razonamientos y consideraciones vertidos en él los que ha de examinar la misma, al objeto de ver la adecuación o no a derecho de la sentencia contra la que se interpone, no debiendo olvidarse que éste también es el criterio que sigue esta Sala en los procesos regidos por el texto jurisdiccional de 1956, tanto si no se formulan alegaciones ante ella, como si se pretende cumplir tal requisito bajo la fórmula de remitirse a los razonamientos y consideraciones legales vertidos en los respectivos escritos del proceso apelado, por todo lo cual debe desestimarse el recurso de apelación formulado por el Abogado del Estado, precisamente por esta consideración y no porque debió ser inadmitido por la Sala «a quo», puesto que si el escrito, bajo el cual se prepara la correspondiente apelación, está o no suficientemente razonado, es un presupuesto que nunca debe ser acogido bajo el prisma de la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo, siendo materia del Tribunal «ad quem» y no de la Sala «a quo» su estimación o desestimación.

CUESTIONES NUEVAS PLANTEADAS EN APELACIÓN. — NATURALEZA REVISORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

S. 3 octubre 1980 (Sala 4.<sup>a</sup>) (RA 3831)

*La Comisión Provincial de Urbanismo de un Ayuntamiento acuerda desestimar los recursos de alzada interpuestos por particulares contra acuerdos del Ayuntamiento sobre suspensión de licencias en Polígonos del Plan General de Ordenación Urbana. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia desestimatoria del recurso. Y promovida apelación por los recurrentes, el TS., confirmando la sentencia apelada, desestima la apelación interpuesta.*

CONSIDERANDOS: Que el proceso tuvo exclusivamente por objeto la resolución del Ayuntamiento por virtud de la cual se suspendía el otorgamiento de licencias en determinados polígonos del Plan General de Ordenación como consecuencia del acuerdo (adoptado en el mismo acto) de formular los Planes Parciales en desarrollo de aquél para los citados polígonos; acto cuya ilegitimidad afirmaba fundándose en que, al adoptarse (e incluso publicarse), no había transcurrido el plazo de 5 años desde una anterior suspensión acordada para la formación del citado Plan General. Con lo expuesto se pone de relieve la improcedencia de decidir en la apelación sobre dos cuestiones nuevas a que alude el apelante: la de la posible ineficacia de la suspensión impugnada una vez transcurrido un año sin prorrogarla y la de los defectos en esas condiciones de la eventual suspensión automática a consecuencia de la aprobación inicial de los citados Planes Parciales; y no cabe su examen, en cuanto a la primera, porque en la impugnación inicial no se planteó esta cuestión al pretender solamente invalidar el acto de suspensión pronunciado, ni tampoco podía plantearla en cuanto acotaba específicamente aquel

acto como objeto del proceso y no otro que eventualmente pudiera haberse producido después de transcurrido un año; y en cuanto a la segunda cuestión, es de ver que ni el expediente ni el proceso han tenido por objeto acto alguno que aplique o se refiera a la suspensión automática de licencia por aprobación inicial de los Planes en aplicación del nuevo precepto del artículo 27-3 del Texto Refundido, ya que, se repite, la única cuestión fue siempre la de la legalidad del acto acordando la suspensión expresa del otorgamiento de licencias y en relación con éste se siguió el Proceso.

Que la literalidad del art. 22 de la Ley del Suelo de 1956, único aplicable al pronunciarse el acto que se cuestiona, aun no siendo terminante cuando prescribe que «los órganos competentes para la formación de un Plan podrán acordar... la suspensión del otorgamiento de licencias...», «con el fin de estudiar el Plan o su reforma», ya desvela el designio legal de vincular a la formación de cada Plan la citada facultad de la Administración eventualmente necesaria para el logro de aquel fin; y si se tiene en cuenta que ni siempre ni necesariamente las previsiones del plan general cubren todas las exigencias de los parciales que, en tal caso habrán de desarrollarlo (artículos 9 y 10 de la Ley citada) la conclusión ha de ser favorable a esa interpretación, puesto que la razón última de la citada facultad administrativa, según interpreta la sentencia de esta Sala de 10 abril 1978, es la de «evitar que surjan actuaciones urbanísticas... eventualmente obstaculizadoras de las nuevas previsiones del plan en estudio o sujeto a modificación...» y es evidente que, en casos como el presente esa posibilidad puede ciertamente darse después de la vigencia del plan general y en relación sólo con los parciales en la medida (aunque sea limitada) en que exista la posibilidad de edificar y por ello no es posible otorgar a la limitación de los cinco años cuando se acordó la suspensión para aquel plan primero, efec-

to respecto de estos últimos, en cuanto podría malograr sus previsiones.

DOCTRINA GENERAL SOBRE SUPUESTOS ADMISIBLES EN CUESTIONES REFERENTES A PERSONAL.

S. 6 octubre 1980 (Sala 5.<sup>a</sup>) (RA 3524)

*En un procedimiento en materia de personal (excedencia voluntaria) el Secretario General Vicepresidente de la A.I.S.S. dicta resolución, que recurrida en alzada ante el Ministerio de Trabajo, es desestimada por éste. El interesado deduce recurso contencioso administrativo ante la Sala de la Audiencia, tendente a obtener la revocación de la resolución en alzada. La Sala dicta sentencia desestimatoria del recurso, que apelada ante el TS., éste la vuelve a desestimar.*

CONSIDERANDOS: Que dada la limitación que para acceder a la segunda instancia, establece la Ley de esta Jurisdicción para los asuntos referentes a cuestiones en materia de personal, en el art. 94 en relación con el 10, según la redacción de la Ley de 17 marzo 1973, queda reducida esta apelación al examen y decisión de la conformidad o inconformidad a derecho de los actos impugnados, en cuanto las disposiciones generales en que se apoyan son contrarias o no a derecho, o en si tales actos incurrían en desviación de poder, quedando excluidas las demás que se planteen; en el supuesto de esta apelación, como no se alega nulidad de disposición general, queda limitada a si los actos incurrían o no en desviación de poder —S. de 18 enero 1980—.

Que el recurrente en sus alegaciones, intenta, más que justificar la desviación de poder, un replanteamiento total de la cuestión en términos análogos a la primera instancia, que por otra parte han quedado eficientemente resueltos en la sentencia recurrida. Si, además se rechazó, con acierto la pretendida desviación de poder, debe

desestimarse este recurso. La utilización de la potestad administrativa para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, como define la desviación del poder el art. 83-3, de la Ley Jurisdiccional, no aparece de lo actuado, sino todo lo contrario. Como dice la sentencia recurrida, «...siendo de recordar, como enseña la sentencia del T. S. de 9 junio 1978, recaída en un supuesto análogo...», que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha venido perfilando los límites conceptuales de la desviación de poder, en el sentido de que dicha figura de infracción supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicios de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad», sin que por otra parte, el recurrente alegue y pruebe hechos concretos en qué basarla, limitándose, repetimos, a reproducir los razonamientos a favor de su petición hechos en primera instancia. El fin perseguido por la normativa aplicada en la sentencia, es evitar se simultaneen dos actividades funcionariales, a no ser que legalmente esté reconocida, sin que en el supuesto que nos ocupa existan derechos adquiridos a favor del interesado, como se razona en dicha resolución.

ADMISIÓN INDEBIDA, EN CUESTIONES REFERENTES A PERSONAL, POR NO TRATARSE DE SEPARACIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS INAMOVIBLES.

S. 14 octubre 1980 (Sala 4.<sup>a</sup>) (RA 3898)

*El Ayuntamiento de San Sebastián dictó normas referentes a horarios y otras cuestiones del funcionamiento del Conservatorio Municipal de Música. Dichas normas fueron recurridas en reposición por los Profesores del Conservatorio, recurso desestimado por silencio administrativo. Interpuesto recurso contencioso contra esta denega-*

*ción tácita, la Sala de la Audiencia dictó sentencia desestimatoria del recurso. Promovida apelación por los Profesores recurrentes, el TS. declara inadmisibile la apelación.*

CONSIDERANDOS: Que los motivos que fundamentan la pretensión de apelación suponen una repetición de datos y argumentos jurídicos esgrimidos a lo largo del procedimiento administrativo y del proceso en Instancia, que con nitidez ofrecen una cabal delimitación de la cuestión litigiosa (precisada además en el primer considerando de la sentencia apelada) en razón de lo únicamente impugnado, esto es, el segundo apartado de las Normas provisionales referentes al horario y otras cuestiones del funcionamiento del Conservatorio Municipal de Música de San Sebastián (el apartado primero referido al horario de funcionamiento del Centro, y el tercero a clases acumuladas, no han sido objeto del debate) y que a lo que aquí importa la temática planteada por los actores se circunscribe a impugnar la prescripción sobre clases en el Conservatorio y su duración, al mostrar su disconformidad con la nueva regulación en cuanto establece la obligación por parte del profesorado del Centro de impartir dos horas de clase en el horario de mañana y dos asimismo por la tarde, aparte de dedicar dos horas diarias a la preparación de las clases todos los días laborables, excepto los sábados (norma 1.<sup>a</sup>), por entender que la nueva ordenación vulnera el régimen establecido por el Reglamento del Conservatorio de 12 diciembre 1928 (aun vigente) y los derechos adquiridos de los actores.

Que la sentencia apelada responde correctamente a la objeción formulada sobre nulidad absoluta de las Normas provisionales impugnadas por incompetencia de la Alcaldía para acordarlas, al resultar, al contrario, investido de facultades al efecto por imperativo de lo prescrito en el art. 75 del Reglamento de Funcionarios Locales, en relación con lo preceptuado en la dis-

posición adicional 1.<sup>a</sup> del propio Reglamento y disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, número 2, y final 6.<sup>a</sup> de la Ley 108 de 1963, de 20 de julio, etc.; pero es de destacar, que lo impugnado, en todo caso, es un cambio de horario o jornada de trabajo de unos funcionarios municipales, con la conjunta modificación de régimen jurídico de trabajo —intensificándolo de acuerdo con las nuevas exigencias de la enseñanza en el Centro— en cuanto significa una mayor dedicación temporal por aumento del horario anterior exigido y que, en cualquier caso, tal problemática se encuadra entre las típicas cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, por lo que a tenor de lo dispuesto en el art. 94, núm. 1, a), de la Ley Jurisdiccional —al no tratarse de separación de funcionarios públicos inamovibles— la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona de 17 noviembre 1976 no es susceptible de apelación por haber desestimado la pretensión ejercitada en el proceso en cuanto tan sólo resolvió una cuestión de personal en sentido propio, ya que el contenido de la pretensión (legalidad o no de un horario de trabajo para funcionarios locales de plantilla) no excede objetivamente del ámbito que a tales cuestiones la Ley señala (litigios interpartes con ocasión o motivo de las situaciones nacidas de la relación jurídica de empleo, etc.), pero es que igual conclusión habría que establecer si lo impugnado fuesen las «Normas provisionales» en bloque, ya que la normativa consta, tan sólo, de tres apartados y en el primero y en el tercero sólo se establece el horario del Centro y la forma, apartado tres, de prestarse el servicio de clases acumuladas, su horario, duración y remuneración, temas todos ellos de personal dentro de las facultades que a la Administración corresponden sobre organización del Servicio, sin vislumbrarse propiamente materia normativa ajena a lo expuesto y que justificase la necesidad del proceso ordinario, como se ha hecho, para la impugnación pro-

cesal y menos que en este trámite nos planteemos el tema de la competencia de la Sala, pues ante la postura de inhibición de las partes y razones de economía procesal aconsejan una decisión definitiva (es aplicable el art. 15 de la Ley más que el 8.º) con la finalidad además de enervar esos corrientes fraudes procesales, consistentes en la incoación de procesos ordinarios para ampararse en una presunta competencia de la Sala Cuarta (por razón del Órgano administrativo actuante) y hacer apelables asuntos que por razón de la materia están privados, «ex lege», del recurso ordinario de apelación.

DESVIACIÓN DEL PODER E IMPOSIBILIDAD DE PLANTEAR A SU AMPARO INCIDENTES DE NULIDAD DE ACTUACIONES, POR FALTA DE COMPETENCIA DE LA SALA.

S 20 octubre 1980 (Sala 5.ª) (RA 3580)

*Desestimación de un recurso de apelación, en que el apelante promueve incidente de nulidad de actuaciones procesales, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso en materia de abono de cantidades devengadas y dejadas de percibir por el recurrente desde una fecha determinada.*

CONSIDERANDOS: Que el apelante en los autos principales, señor D. A., promueve incidente de nulidad de actuaciones procesales para obtener la invalidez de las practicadas ante la Sala 2.ª de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial y de las subsiguientes ante esta Sala en trámite del recurso de apelación frente a la sentencia dictada en dicho recurso por la expresada Sala Territorial por entender que tanto uno como otro Tribunal han vulnerado los arts. 8.º y 62 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, y, por vía de supletoria, el art. 74 de la L. E. Civ., en cuanto no hicieron uso de lo dispuesto en dichos preceptos y no declararon de oficio su incompetencia para conocer de la cuestión plan-

teada, por corresponder ésta a la Sala Cuarta del TS. en vía de incidente de ejecución de sentencia, en virtud de la dictada por dicha Sala con fecha 7 mayo 1968, vía de ejecución de sentencia que el promoviente entiende era la pertinente para obligar al referido Ayuntamiento al abono de haberes derivados de la indebida destitución en su cargo de Secretario de dicha Corporación Municipal.

Que no cabe olvidar que el incidente de nulidad de actuaciones se promueve y sustancia en el seno de un recurso ordinario de apelación, con base en desviación de poder, contra sentencia dictada por la Sala Territorial de esta Jurisdicción, lo que, como atinadamente expone el Abogado del Estado, atribuye competencia a esta Sala en virtud del efecto devolutivo que toda apelación lleva inherente para residenciar la cuestión con plenitud de conocimiento ante el Tribunal «ad quem»; es decir, es el propio apelante quien, por virtud de su recurso, defiere a esta Sala la competencia para el examen, en los aspectos pertinentes (dada la apelación con base en la desviación de poder), de la legalidad o ajuste a Derecho de la sentencia recurrida en apelación, sin que en dicha fase procesal quepa, por tanto, plantear una cuestión de falta de competencia por la vía de los arts. 8.º y 62 de la Ley de la Jurisdicción, lo que desnaturalizaría al alcance de dicho recurso y se opondría a lo dispuesto en el art. 75 de la L. E. Civ., que impide la promoción de cuestiones de competencia al litigante que, de forma expresa o tácita, se hubiera sometido al Juez o Tribunal que conozca del asunto. La eventual incompetencia de la Sala para conocer en sede contenciosa de la procedencia o improcedencia del abono de haberes al Secretario municipal recurrente por el tiempo en que éste permaneció indebidamente destituido de su cargo, será, en su caso, tema sustantivo o de fondo que habrá de examinarse y decidirse al conocer en apelación de la sentencia de dicha Sala Territorial (y ello siempre que lo permita el ámbito

específico de la apelación articulada por el cauce del art. 94-2-a) de la Ley de la Jurisdicción), y lo mismo cabe decir por ser tema indisolublemente unido al anterior, de si la vía procesal adecuada para imponer al Ayuntamiento una eventual obligación del pago de haberes que se reclama era la del recurso contencioso-administrativo autónomo o, según insistentemente alega el apelante, la del incidente de ejecución de sentencia ante la Sala Cuarta de este Tribunal, con apoyo y base jurídica en la sentencia y auto aclaratorio de dicha Sala de 7 y 20 mayo 1968, antes aludidos.

Que, sin prejuzgar ahora el tema de fondo que subyace en el planteamiento de este incidente de nulidad de actuaciones, cabe añadir que el cauce del proceso administrativo ante la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona obedeció a la impugnación ante ella formulada por el promovente, al recurrir frente a la denegación del pago de parte de sus haberes, contenida en los acuerdos del Ayuntamiento, actos administrativos éstos producidos precisamente a consecuencia de solicitud del ahora promovente, quien les atribuyó en principio sustantividad propia hasta el punto de hacerles objeto de impugnación autónoma en proceso administrativo interpuesto ante la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo al que se refiere la apelación formulada en los autos principales de que dimana el presente incidente.

Que, en último término, el art. 8.º de la Ley Jurisdiccional, así como el artículo 74 de la supletoria L. E. Civ., configuran unas potestades o facultades de los Tribunales más que auténticos deberes de emitir concretos actos procesales, de tal suerte que la hipotética vulneración de tales preceptos no puede entrañar en modo alguno invalidez de actuaciones procesales que tengan su tratamiento por el cauce de los incidentes de nulidad de actuaciones, lo que determina, sin necesidad de ulteriores razonamientos, y de conformidad a las alegaciones de la Abogacía del Estado, la improcedencia de

la nulidad de actuaciones pretendida por el promovente y apelante.

ADMISIÓN INDEBIDA DEL RECURSO POR TRATARSE DE CUESTIONES DE PERSONAL AL SERVICIO DE PARTICULARES.

S 17 noviembre 1980 (Sala 3.ª) (RA 4091)

*El TS. declara indebidamente admitida la apelación interpuesta por una Caja de Ahorros contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial correspondiente, por las razones que expone en sus dos considerandos.*

CONSIDERANDOS: Que razones patentes de orden procesal, imponen el tratamiento prioritario de la cuestión planteada, en esta segunda instancia, por el representante de la Administración, personado en calidad de apelado, y asimismo por los coadyuvantes de aquélla, relativa a la indebida admisión del presente recurso de apelación, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 94, 1, a) de la Ley jurisdiccional y que en el sentir de dichas partes, la materia controvertida versa sobre cuestiones de personal al servicio de particulares, tema que cabe entender válidamente suscitado, aunque lo haya sido en el escrito de alegaciones y no en el de personación, como previene el art. 100,2 de dicha Ley, toda vez que la índole procesal del mismo, y por consiguiente, su carácter de materia afectante al orden público, ha llevado a la jurisprudencia, de la que son reflejo reciente las SS. de 25 enero y 3 febrero 1978, a una interpretación amplia de dicha norma e incluso a permitir el planteamiento de oficio del problema.

Que la naturaleza de la materia objeto del recurso contencioso de cuya aplicación se trata, aparece perfilada en el primer acto administrativo impugnado, que consiste en una resolución de la Delegación Provincial de Trabajo, recaída a solicitud formulada por tres trabajadores de la Caja

Provincial de Ahorros y en la que se acuerdan que las relaciones de trabajo entre las partes dichas, deben regirse por la Reglamentación de Cajas de Ahorro de 27 septiembre 1950 en lugar de hacerlo por la Ordenanza de Empleados de fincas urbanas, así como la consiguiente clasificación profesional de tales operarios dentro de la Reglamentación señalada, que verificó el propio organismo en resolución del día 19 julio 1976 y de aquí se sigue sin lugar a dudas de ningún género, que el recurso versa sobre materia de personal al servicio de particulares, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94, 1, a) de la Ley reguladora de la jurisdicción, resulta procedente declarar la indebida admisión del presente recurso de apelación denunciada, al tratarse de cuestiones privadas del mismo y en su virtud, acordar en consecuencia.

## 5. RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA SENTENCIAS

### 5.0. Recurso extraordinario de revisión

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO POR NO APRECIARSE VICIO PROCESAL DE INCONGRUENCIA.

S 13 octubre 1980 (Sala 5.ª) (RA 3544)

*El TS. declara improcedente el recurso de revisión interpuesto contra sentencia dictada por la Audiencia Territorial, por la que se resolvió el recurso interpuesto por los actores sobre integración de los mismos en una Escala Técnica-Administrativa a extinguir de una Plantilla de Funcionarios.*

CONSIDERANDOS: Que se impugna por el cauce excepcional del presente recurso de revisión la sentencia firme de la Sala Territorial por la que, rechazando la causa de inadmisibilidad opuesta por la Corporación provincial demandada, se desestimaba la pretensión de los demandantes, funcionarios del subgrupo de «administrativos» de

Administración General de la Excm. Diputación Provincial, de integración y mantenimiento de su derecho de ascenso en la Escala Técnico-Administrativa a extinguir de la plantilla provincial, amparándose la revisión instada en los motivos que la demanda expone y que, pese a examinarse por el mismo orden de enunciación, pueden agruparse sistemáticamente en motivos de incongruencia del ap. g), por la no decisión de todas las cuestiones planteadas en el litigio, y en el motivo del ap. a), relativo a contradicción en la parte dispositiva de la sentencia impugnada.

Que la incongruencia defectiva articulada por el cauce del ap. g) del art. 102 de la Ley Jurisdiccional, se apoya por los demandantes en revisión, en primer término, en la alegación de que la sentencia impugnada no ejercitó fiscalización alguna sobre el acuerdo originario de la Diputación Provincial por el que se accedió a la incorporación de los funcionarios provinciales recurrentes a las vacantes de la Escala Técnico-Administrativa a extinguir de la plantilla provincial, si bien supeditándola al visado por la Dir. Gral. de Administración Local. Mas es claro que dicho acuerdo provincial ni fue recurrido en el proceso terminado por la sentencia firme de cuya impugnación ahora se trata ni legalmente podía serlo, porque, y aquí es donde se produce el error de dicha alegación, al supeditarse dicho acto administrativo —cuestión que no es objetada por los demandantes en revisión— a la aprobación o visado del citado Centro Directivo, tal acuerdo carecía de propia sustantividad en tanto en cuanto no recayese en sentido favorable el visado o se entendiese éste positivo en la modalidad de silencio que a este efecto instaura el art. 13, 2, del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 mayo 1952 y como en el trámite de esta modalidad de tutela de los Entes locales por la Administración Central, a la sazón aplicable, recayeron sendos acuerdos de la Dirección General citada denegatorios en forma expresa de

dicho visado por entender que no podía ser modificada la plantilla provincial en los términos propuestos por la Corporación Local, resulta obligado entender, al amparo del régimen contenido en el art. 29-2-b), de la Ley de la Jurisdicción, que tal acuerdo provincial no adquirió eficacia a los fines impugnatorios en el proceso administrativo al que puso fin la sentencia firme combatida en revisión. No existe, pues, la denunciada incongruencia, ya que no debía la Sala sentenciadora ejercer fiscalización alguna sobre acto administrativo no sometido a enjuiciamiento, según se ha expuesto.

Que como una simple matización de la anterior línea impugnativa los demandantes insisten en imputar a la sentencia de Instancia el vicio procesal de incongruencia con trascendencia para el recurso de revisión, por el cauce del ap. g), del art. 102, 1, de la mencionada Ley Jurisdiccional, pues aducen que la Sala Territorial en la sentencia impugnada no adoptó una postura procesal coherente o congruente en cuanto que si bien su razonamiento parte como premisa básica del acuerdo de la Diputación Provincial, que clasificó a los recurrentes en el Subgrupo «Administrativos» de Administración General, entiende después que tal acuerdo no era plenamente válido desde el momento en que la Corporación Provincial se produjo con incompetencia y extralimitación de funciones al emitir pronunciamientos que le estaban vedados, pronunciamientos incorporados al citado acuerdo de clasificación. Mas es lo cierto que este acuerdo provincial no era cuestión primordial a decidir en el proceso, sino dato previo, que aparecía en el mismo, limitándose la sentencia impugnada a entender que la reserva de derechos personales en el mismo realizada a favor de los ahora demandantes respecto a su eventual integración en la Escala Técnico-Administrativa a extinguir era declaración formulada por el Ente Provincial sobre cuestión que no era de su plena y discrecional competencia, por requerir el

necesario visado a cargo de la Dir. Gral. de Administración Local en cuanto entrañaba modificación de la plantilla (apreciación ésta que podría ser debatida en recurso de apelación, pero no por la vía de este excepcional recurso de revisión que encuentra limitada la cognición a los motivos tasados que enuncia el art. 102 de la Ley Jurisdiccional) de suerte tal que entiende implícitamente como no puesta tal declaración accesoria, aplicando el tratamiento de conservación de los actos administrativos que inspira el régimen de éstos contemplado en los arts. 50 al 54 de la L. Pro. Adm., al partir de que la misma no era indispensable a los fines o contenido propio del acto de clasificación funcional. Por ello, al entender válido y eficaz en su contenido esencial el acuerdo que pasó a los recurrentes del Subgrupo de «Auxiliares» al de «Administrativos» de Administración General, y ello con cierto carácter de prejudicialidad —por no impugnarse directamente dicho acuerdo— pudo perfectamente la Sala sentenciadora argumentar su decisión desestimatoria bajo la premisa de tal acuerdo provincial que sometió a los funcionarios recurrentes al régimen y «status» establecido por la normativa de adaptación del personal de Corporaciones Locales al del Estado, con las alteraciones de plantilla que establecía el D. 689/1975, de 21 de marzo, y disposiciones concordantes, de donde se infiere que no se da en modo alguno la denunciada incongruencia que pueda fundar con éxito la rescisión de la sentencia en examen.

Que menos consistencia reviste aún el motivo amparado en el ap. a), del art. 102 de la Ley Jurisdiccional, que imputa a la sentencia impugnada contradicción en la parte dispositiva o fallo de la misma, pues la simple lectura de éste evidencia que las decisiones en él contenidas, no complejas por otra parte, no se oponen entre sí de forma que unas vengan a ser incompatibles con las otras, que es el resultado que prescribe el motivo revisorio en estudio, pues tras rechazar la

causa de inadmisibilidad de acto reproductor que opuso la Corporación Provincial demandada, se emite un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión actora en orden a su impetrada integración en la tan repetida Escala Técnico-Administrativa a extinguir de la plantilla provincial con consecuente declaración, de conformidad a Derecho de los actos administrativos denegatorios de la misma, estructura ésta del fallo plenamente coherente en cuanto no revela contradicción intrínseca entre tales pronunciamientos, viables todos y eficaces tal como fueron emitidos. La denunciada contradicción no puede ser buscada, por otra parte, fuera del fallo o parte dispositiva según se ha expuesto y conforme a conocida doctrina jurisprudencial que excusa su cita en detalle, y esto es lo que hacen los demandantes cuando basan la contradicción en la decisión judicial desestimatoria, de un lado, y en la validez implícitamente declarada por la sentencia del Acuerdo provincial de 21 marzo 1975, de otro siendo así tal validez se constriñe al contenido esencial o clasificación funcional, y no al resto del Acuerdo; sin que, además, sea acertado el argumento de que la integración en el Subgrupo de «Administrativos» fuera facultativa para los funcionarios afectados, pues la clasificación funcional no es materia perteneciente al poder dispositivo de los interesados en cuanto afectante a la potestad organizatoria de la Administración y así lo entendió la sentencia impugnada que, por lo expuesto, no incurre en la contradicción intrínseca en el fallo exigido por el art. 102, 1, ap. a), de la Ley de la Jurisdicción.

REQUISITOS DEL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN. — SENTENCIAS CONTRARIAS ENTRE SÍ. — PROBLEMÁTICA GENERAL.

S 24 noviembre 1980 (Sala Especial de Revisión) (RA 4109)

*Estamos en presencia de un caso claro de inadmisibilidad de un recurso*

*de revisión interpuesto por una empresa (S. A.) contra sentencia de la Sala 3.ª del TS. de 8 de febrero de 1980. El TS. declara inadmisibile el recurso, analizando y resolviendo la cuestión de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado, e indicando que la contradicción entre la sentencia recurrida y otras anteriores de la misma Sala del TS. no es razón suficiente para articular, admitir y resolver un recurso extraordinario de revisión, dada la finalidad de unificación de doctrina que con él se pretende.*

CONSIDERANDOS: Que antes de examinar el fondo de la cuestión planteada en este curso extraordinario de revisión, ha de quedar resuelta la alegación de inadmisibilidad del mismo planteada por el Abogado del Estado en su contestación, fundada en que el escrito de la parte recurrente no reúne los requisitos exigidos por el art. 524 de la L. E. Civ., al no haberse expuesto sucintamente y numerados los hechos y fundamentos de derecho: mas tal alegación es rechazable, pues no sólo por el carácter antiformalista de esta jurisdicción, sino porque no hay precepto alguno que remita en esta clase de recursos al art. 524 de la L. E. Civ., la forma del escrito interponiéndole no es esencial para la admisión del mismo; lo que sí es necesario es la claridad en su exposición, y cuál o cuáles son los motivos en los que se funda; y como en el presente caso se expresa claramente se interpone al amparo del ap. b) del núm. 1 del art. 102 de la vigente Ley de esta jurisdicción, y se citan las sentencias que contradicen lo resuelto por aquélla contra la que se recurre, el aspecto formal ha sido cumplido y procede entrar a resolver el fondo de la cuestión planteada.

Que la contradicción denunciada entre la sentencia recurrida y aquéllas con las que se compara, todas de la Sala 3.ª de este TS., consiste en que mientras las SS. de 6 febrero y 19 abril 1968 y 3 febrero 1969 (R. 441), establecen que los períodos regulares y uniformes

de diez años, para la exacción de la tasa de equivalencia, se inician con la aprobación de la Ordenanza Municipal respectiva, se aplique o no por el Ayuntamiento, la recurrida de 8 febrero 1980 decide que la aprobación de la Ordenanza, no equivale a la aprobación definitiva del texto que establece la sujeción, sino a la fecha que el mismo u otros textos posteriores fijen para que nazca el período impositivo; existe, por tanto la contradicción, pues en unas se fija la iniciación del período impositivo con la aprobación de la Ordenanza, y en la otra cuando se determina en la misma Ordenanza o en acuerdos posteriores, con la independencia de la fecha de aprobación de aquélla.

Que no es suficiente para estimar el recurso extraordinario de revisión la existencia de la contradicción con otras sentencias anteriores, sino que siendo el fundamento de este motivo mantener la unidad de doctrina jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las leyes a los casos controvertidos, no puede llevar ese precepto a la imposibilidad de la evolución doctrinal de los Tribunales; por lo que ante esa contradicción, lo que ha de hacerse es resolver cuál de las interpretaciones se estima la más adecuada; ya la sentencia de 3 mayo 1978, fijó que el momento inicial de los respectivos períodos será aquel que determinen las Ordenanzas Fiscales respectivas y no el en que entrará en vigor la primera Ordenanza reguladora del arbitrio, por lo que ha existido un cambio de criterio, se ha desechado una interpretación para sustituirla por otra, y lo que hemos de resolver es cuál de las dos es más conforme con la regulación en vigor; si el número 1 del art. 516 de la Ley de Régimen Local dispone al referirse a las sociedades permanentes que los períodos regulares y uniformes de 10 años se computan desde la fecha en que entra en vigor la Ordenanza respectiva, el núm. 2 del mismo precepto, relativo a las personas jurídicas no permanentes, las sujeta a la tasa de equivalencia, en los períodos

establecidos por las Ordenanzas Fiscales respectivas, y la disposición transitoria octava determina el período de exacción que estuviere establecido en las Ordenanzas Fiscales respectivas; por lo que, esta interpretación dada por las SS. de 3 mayo 1978, y la impugnada de 8 febrero 1980, es la más adecuada a la regulación de esta exacción, ya que precisamente la disposición transitoria octava que confirma lo dispuesto en el núm. 2 del art. 516, se hace para dar cumplimiento a lo ordenado en el art. 516 y mantener el principio de uniformidad y generalidad en el sistema; lo que no se produciría si se computase período de exacción del arbitrio aquel que no está establecido en la Ordenanza Fiscal, ni en el cual no se haya hecho aplicación por el Ayuntamiento.

INEXISTENCIA DE DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE PRONUNCIADA SENTENCIA.

S 5 diciembre 1980 (Sala Especial de Revisión) (RA 4612)

*Es un supuesto de inadmisibilidad de un recurso de revisión contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, por los argumentos que recoge el considerando que transcribimos.*

CONSIDERANDO: Que alegado como motivo de revisión el admitido en el art. 102-1-c) de la Ley Jurisdiccional para el caso de que después de pronunciada la sentencia se recobraran documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado, fácilmente se comprueba que no concurren en este caso —y menos del modo estricto que exige el carácter extraordinario del recurso de revisión— los requisitos que el citado precepto establece, pues: ni puede tenerse como documento, a los fines específicos y de eficacia jurídica regulados por el mismo en relación con los artículos 1.215 al 1.230 del C. Civ. y 578 y 956 al 605 de

la L. E. Civ., el que, aportado por el recurrente, contiene el testimonio de determinada persona, no emitido, además, con arreglo a las normas reguladoras de la prueba testifical; ni ese mismo documento, ni tampoco el provocado por su firmante, comprensivo de un informe del Guardia 1.º Comandante Accidental del Puesto de la Guardia Civil, por razón de sus fechas, posteriores a la de la sentencia impugnada, han podido ser «recobrados» con posterioridad al momento y fecha en que la sentencia se dictó, puesto que no cabe «recobrar» después de la sentencia lo que no tuvo existencia hasta después de que se dictara; ni, por la misma razón, resulta posible que hubieran sido detenidos por una fuerza mayor asimismo inexistente; ni, en definitiva, su contenido puede hacerles merecer el carácter de «decisiones», con el alcance excepcional, insistentemente destacado por la doctrina jurisprudencial, de poder afectar a la llamada santidad de cosa juzgada, que en este caso se habría pronunciado tomando en consideración los elementos de juicio y los medios de prueba que su texto detalla y examina, merecedores de mayor crédito, por supuesto, que estas manifestaciones ahora hechas y promovidas por quien, no obstante hallarse desempeñando cargo de Policía Municipal cuando se cometió el hecho constitutivo de contrabando que motivó la sanción impuesta, afirma que calló entonces por temor a que pudiera aparecer alguna sospecha contra él y por miedo a complicaciones.

## 6. EJECUCION DE SENTENCIAS

### 6.0. Facultades jurisdiccionales e interpretación errónea de la Administración acerca de los puntos consignados en el Auto en que acuerda la ejecución del fallo

Auto 14 octubre 1980 (Sala 3.ª) (RA 3749)

*En trámite de ejecución de sentencia, la Sala de la Audiencia Territorial dicta un Auto, por el que se declaró no ser conformes a derecho los actos administrativos de liquidación de un Arbitrio de Plusvalía dictados por un Ayuntamiento en ejecución de sentencia, y en su lugar se ordena al Ayuntamiento gire nueva liquidación, con las bonificaciones y las condiciones que se especifican... Recurrido en apelación el Auto de la Audiencia, es confirmado por el TS. en Auto, que aceptando los considerandos del apelado, resuelve en un solo considerando.*

CONSIDERANDO: Que contraída la discusión —en congruencia con el artículo 110 de la L. Cont. Adm., que faculta al Tribunal sentenciador, mientras no conste en los autos la total ejecución de la sentencia, a adoptar, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla—, a declarar si las nuevas liquidaciones practicadas por el Ayuntamiento se ajustan o no a lo definitivamente resuelto por esta Sala en su S. de 17 junio 1978, que confirmó la de 1 julio 1976, dictada por la Sala 1.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial e incluso aceptó sus considerandos, ha de rechazarse cuanto el Ayuntamiento apelante aduce en relación con otras cuestiones; y limitado así el ámbito de la apelación, que no permite reexaminar los fundamentos y el fallo de la sentencia en trámite de ejecución, y obliga, por el contrario, a llevarla a efecto en su integridad, aparece obvio que el auto apelado concuerda correctamente con lo resuelto por las citadas sentencias, procediendo, por ello, confirmarlo en sus exactos términos, accediendo a las súplicas formuladas por el Abogado del Estado; sin que, según el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, sea preciso un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en la segunda instancia del presente incidente de ejecución de sentencia.

## 7. DISPOSICIONES COMUNES

### 7.0. Suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado

INEXISTENCIA DE DAÑOS IRREPARABLES, Y COMPATIBILIDAD CON SUSPENSIÓN ACORDADA EN VÍA ADMINISTRATIVA.

Auto 11 octubre 1980 (Sala 3.ª) (RA 3743)

*El TS. confirma el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia, denegatorio de la suspensión de la ejecución de una liquidación girada en concepto del Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas.*

CONSIDERANDOS: Que la parte apelante invoca los perjuicios irreparables que le ocasionaría afrontar el pago de una cantidad importante, no prevista por la sociedad por tratarse de una interpretación de norma jurídica y para el eventual supuesto de su reintegro por la Administración también le ocasionaría daño irreparable por efecto de la inflación que disminuiría el valor de la cantidad a desembolsar, siendo finalmente contradictorio que ahora no se le conceda la suspensión que la propia Administración ya le concedió en vía económico-administrativa.

Que respecto a la imprevisión por la Sociedad para realizar el pago de la liquidación impugnada, es un hecho derivado de la marcha de los negocios que no se puede conectar con la norma referente al perjuicio por tener que hacer un pago a la Hacienda Pública indebidamente, pues puede ser resarcido por las vías indemnizatorias previstas en el ordenamiento jurídico, pero no constituye el supuesto previsto en el art. 122 de la Ley de esta Jurisdicción.

Que por otra parte la alegación del perjuicio que implica el pago de la liquidación impugnada no es suficiente para demostrar su realidad, sino que requiere como toda afirmación de la

que se pretende derivar una pretensión, la prueba del hecho que se afirma ante esta jurisdicción a la que se acude para impugnar actos administrativos conforme a las normas de la citada Ley Jurisdiccional, por lo que la falta de prueba hace inviable la resolución de la Sala en orden a estimar irreparables los daños, cuya prueba debiera haberse propuesto.

Que en cuanto al daño derivado de la inflación económica para el caso de tenerse que devolver por la Administración la suma que ahora reclama, es una mera e inevitable consecuencia del principio nominalista consagrado por el art. 1.170 del C. Civ., que implica un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, sin más correctivos que los previstos por otras normas concordantes aquí no aplicables, por lo que no puede tenerse en cuenta en orden a declarar irreparable el perjuicio por la devolución hipotética de una suma dineraria pasado cierto tiempo.

Que finalmente el haber accedido a la suspensión la Administración, en vía económica no implica contradicción alguna con la actual postura impugnando la suspensión en vía jurisdiccional, pues de una parte el art. 83, 1 del Regl. de Reclamaciones Econ. Adm., permite a los órganos competentes para conocer de estas reclamaciones ordenar dicha suspensión «mientras dure la total sustentación del procedimiento», pero no una vez terminado éste, y de otra el art. 122, ya referido, de la Ley Jurisdiccional atribuye esta facultad a los Tribunales de la misma, pero condicionada a la apreciación de la irreparabilidad del daño, razones por las que en definitiva no procede acceder a la apelación, sin costas.

**7.1. Incidentes e invalidez de los actos procesales**

**INEXISTENCIA DE NULDADES Y DEFECTOS DE FORMA EN EL PROCEDIMIENTO, POR NO ORIGINARSE INDEFENSIÓN A LOS ADMINISTRADOS.**

S 18 octubre 1980 (Sala 4.ª) (RA 3916)

*En un expediente administrativo relativo a excepciones licitatorias para contratar por concierto directo, en virtud de su urgencia, las obras de derribo de las partes declaradas en ruina de una finca urbana, se dicta acuerdo por un Ayuntamiento, que recurrido en reposición, es desestimado. Promovido recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia dicta sentencia, rechazando la causa de inadmisibilidad invocada por la Corporación demandada, y desestimando el recurso contencioso, declarando en consecuencia ajustados a derechos los acuerdos del Ayuntamiento. Promovida apelación por el particular recurrente, el TS. aceptando los considerandos de la sentencia apelada, desestima la impugnación y confirma la sentencia.*

**CONSIDERANDOS:** Que al constituir la desestimación de la inadmisibilidad acusada por el Ayuntamiento demandado un pronunciamiento favorable al apelante, resulta ocioso el estudio de este extremo que ninguna virtualidad tiene ya en el proceso, por lo que se pasa al estudio del tema de fondo.

Que concretado éste en la ejecución subsidiaria de la demolición del edificio o partes de él declaradas en ruina inminente, por la falta de ejecución, por su propietario, hoy apelante, es claro que la actuación municipal se adaptó y fue correcta en cuanto aplicó los arts. 102 y 104-b) de la L. Pro. Adm. de 17 julio 1958, que faculta a la Ad-

ministración a la ejecución subsidiaria forzosa de los actos administrativos, previo apercibimiento al interesado, todo ello en relación con el art. 170 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 mayo 1956, cuyo ap. 3 atribuye a los Ayuntamientos estas prerrogativas.

Que como en una situación de urgencia la Ley provee a ella con facultades igualmente de urgencia, es claro que no puede producir la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza las nulidades que reclama y acusa el apelante, ya que en lo referente a una nulidad plena del art. 47 de la L. Pro. Adm. no puede encuadrarse en ninguno de los supuestos que contempla y tampoco en el 48 de la misma Ley, por cuanto no se ha producido indefensión alguna para el interesado, habiéndose tomado, por otra parte, el acuerdo municipal de realizar el derribo subsidiario de acuerdo con el ap. c) del art. 311 de la Ley de Régimen Local y con la mayoría exigida en su último párrafo, circunstancias todas que abonan la adecuación a derecho de los acuerdos municipales recurridos y la igualmente corrección jurídica de la sentencia apelada, llegando en su enjuiciamiento de primera instancia a la misma conclusión, siendo de destacar que la aparente demora que acusa el apelante en el tiempo transcurrido entre la adopción del acuerdo de derribo y la ejecución subsidiaria se debe a la negativa del propietario a ejecutarlo, como se desprende del expediente administrativo a los folios 1 y 2 números rojos en los que se aprecia una diferencia de casi un año entre el Decreto de la Alcaldía de Zaragoza y el informe negativo del Arquitecto Jefe del Servicio de Edificación del mencionado Ayuntamiento denunciando no haberse procedido al derribo de las zonas declaradas en estado de ruina inminente por su propietario.

**JURISPRUDENCIA**

**PROCESAL PENAL**

VÍCTOR M. MORENO CATENA  
Profesor Adjunto de Derecho Procesal

**SUMARIO:**

1. Competencia. — 2. Prueba. — 3. Sentencia. — 4. Cosa juzgada. — 5. Recurso de casación. — 6. Por infracción de ley. — 7. Por quebrantamiento de forma. — 8. Costas procesales.

**1. COMPETENCIA**

**TERRITORIAL: CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN. DELITO NO CONSUMADO.**

A 20 enero 1981 (RA 159)

*En cuestión de competencia suscitada por presunto delito de estafa, derivada de comunicación telefónica y en grado de ejecución imperfecta, el TS. recuerda declarar competente al Juzgado de Instrucción del lugar donde habría de consumarse el delito.*

**CONSIDERANDO:** Que para determinar la competencia sobre la incoación y conocimiento de causas por razón de delito, la L. E. Crim. establece, en el núm. 2 de su art. 14, que corresponde al Juez de instrucción del partido en el que se haya cometido, con lo que el problema presentado exige el desarrollo de las orientaciones que

se perciben para su resolución por los exégetas de la norma procesal. Del pensamiento sobre las mismas pueden deducirse de la normativa procesal los tres criterios siguientes: 1.º El jurídico penal, que proyectan, sobre el precepto procesal, el tipo delictivo en su potencialidad de consumación, en atención a que penológicamente es lo que se valora, por lo que el lugar de la comisión se equipara al de consumación; 2.º El de la actividad o simplemente procesal, que identifica el «delicti comisi» con el lugar en el que aparezca la mayor o única conducta delictiva, por la razón que es el sitio en que únicamente aparece o existe más intensamente la infracción criminal; y 3.º El relativo, en virtud del cual se debe apreciar en cada caso, según las circunstancias, para que en todo momento se respeten los principios de unidad, agilidad y economía que reclama todo proceso. De estos criterios

el seguido por la Jurisprudencia de esta Sala con más intensidad y norma general, es el primero, debido a que el precepto procesal que se estudia contiene como diferencia competencial el delito y el tratamiento penal del mismo está realizado en su grado consumativo.

TERRITORIAL: LUGAR DE CONSUMACIÓN.

S 4 febrero 1981 (RA 480)

*En recurso interpuesto contra la resolución de declinatoria propuesta como artículo de previo pronunciamiento en proceso seguido por estafa, el TS. lo desestima al entender que corresponde la competencia al Juzgado o Tribunal del lugar en que se hicieron cargo los destinatarios de las mercancías, no los del domicilio del presunto estafador ni el de los presuntos estafados.*

CONSIDERANDO: Que el contexto literal de las reglas 2.ª y 4.ª del art. 14 de la L. E. Crim., se deduce claramente que la competencia para instruir y juzgar un delito nace del lugar en que aquél se cometió, y es doctrina constante de esta Sala que debe estimarse como tal lugar, no en el que se inició el hecho criminoso, sino aquel en donde se consumó.

## 2. PRUEBA

POR DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA.

S 17 enero 1981 (RA 145)

*El medio de prueba propuesto y denegado consistía en un informe pericial, desestimando el recurso el TS. por considerar que cualquiera que fuere el resultado del dictamen no influiría en la apreciación del Tribunal.*

CONSIDERANDO: Que el motivo justificante de la impugnación, por denegación de diligencia de prueba que,

propuesta en tiempo y forma, se considere pertinente —núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim.—, es expresión de la garantía de defensa pretensional que el proceso encierra «per se», y, para su viabilidad, la doctrina de esta Sala —SS. 5 julio 1978, 18 abril y 30 octubre 1980—, requiere: 1.º Requisitos de adecuación intrínseca y extrínseca, en cuanto que es necesario que el medio probatorio denegado, sea propuesto en el momento procesal indicado por la Ley o exigido por el trámite, y se realice con las formalidades que la misma establece; 2.º Que por parte del Tribunal exista una negación admisible o efectiva, ya que puede referirse a la admisión o a la práctica del medio probatorio; 3.º Que la prueba propuesta y denegada, tenga el carácter de pertinente, en la doble vertiente de que esté relacionada con el objeto del proceso —conexión material— y esté destinada al conocimiento y esclarecimiento del mismo —conexión funcional—; 4.º Que se dé a conocer su contenido, con la finalidad de poderse apreciar el carácter de su pertinencia; y 5.º Que se haga constar la correspondiente protesta, como justificante del «petitum» de la subsanación y la no aquiescencia al defecto procesal.

2) En el mismo sentido, S 13 febrero 1981 (RA 654)

3) A 24 febrero 1981 (RA 779)

*Propuestas en tiempo y forma unos medios de prueba, el Tribunal no las admite. El TS. considera que tratándose de procedimiento ordinario debería haberse recurrido en súplica, como permite el art. 211 de la L.E. Crim., en el plazo de tres días desde la notificación, no bastando con la mera protesta. (SS. 5 octubre 1957, 12 noviembre 1964, 13 marzo 1967, 26 junio y 4 octubre 1967), inadmitiendo el recurso.*

CONSIDERANDO: Que esto senta- do para que pueda admitirse el recur-

so de que se trata, se precisa por imperativo legal: 1.º Proponer en tiempo y forma la prueba. 2.º Que el Tribunal «a quo» lo haya denegado. 3.º Que se haya reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos o las protestas procedentes. 4.º Que en la preparación se señalen cuáles sean las faltas cometidas y reclamaciones y fechas de éstas para subsanarlas. 5.º Que luego en resolución de este Tribunal tales pruebas se estimen pertinentes, punto éste que por afectar al fondo no puede abordarse en este trámite.

## 3. SENTENCIA

CONGRUENCIA.

S 10 marzo 1981 (RA 1096)

*En proceso seguido por delito de robo, el MF solicitó la imposición de la pena de cinco años de privación de libertad, condenando la Audiencia por delito de robo en oficina bancaria a pena inferior, recurriendo el procesado por entender existía incogruencia al ser este tipo de robo una subespecie del definido en el art. 501 del C.p., por la vía del quebrantamiento de forma núm. 4 del art. 851 de la L.E.Crim. El TS, basándose en el criterio del quantum de pena, desestima el recurso.*

CONSIDERANDO: Que, el núm. 4 del art. 851 de la L.E.Crim., consagra como error «in procedendo» cometido en la propia sentencia de instancia y que genera la casación de la misma, la incongruencia por exceso o hiperincongruencia, la cual o mejor dicho, su prescripción, obedece al sistema acusatorio que informa la fase plena del proceso penal español y al principio, común a todas las ramas del derecho procesal, «nemo iudex ultra petita partium». Pudiéndose agregar que, esa imposibilidad de «penar un delito más grave del que haya sido objeto de la acusación», queda supeditado a que, el Tribunal «a quo», no hubiera planteado la tesis, es decir,

que no haya «procedido previamente como determina el art. 733»; y debiéndose destacar, a los fines de la adecuada resolución de este recurso, que, de conformidad con doctrina jurisprudencial constante: a) no hay incongruencia cuando calificada la causa por las acusaciones, las cuales entienden concurrente determinado delito, y solicitada la pena correspondiente al mismo, en el grado que fuere, el Tribunal, sin exceder del límite superior de dicha pena, la impone en duración o cuantía superiores a la interesada por la acusación o acusaciones; y b) que, por más que el Tribunal varíe la calificación de las acusaciones y se aparte de ellas incriminando y sancionando una infracción distinta, no habrá incongruencia si la pena correspondiente a esta infracción no es superior a la que procedía imponer al delito que fue objeto de la acusación.

CLARIDAD. CASACIÓN POR NO EXPRESAR CLARA Y TERMINANTEMENTE CUÁLES SEAN LOS HECHOS QUE SE CONSIDEREN PROBADOS.

1) S 15 enero 1981 (RA 138)

*Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma en proceso seguido por introducción en España de moneda falsa, el TS lo desestima y entra a considerar los requisitos de forma de la sentencia, denunciados por el inciso primero del art. 851, 1.º de la L.E.Crim.*

CONSIDERANDO: Que una vez más conviene afirmar la doctrina de esta Sala en orden al inciso primero del art. 851, 1.º de la L.E.Crim., que recoge el defecto formal de que en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles sean los hechos que se consideran probados, que tal defecto se puede cometer: 1.º Por falta de claridad. 2.º Por falta de terminancia. 3.º Por ausencia de hechos probados. 4.º Por no ajustarse el Tribunal sentenciador a las prescripciones del art. 142

en la redacción de las sentencias, aclarado tal precepto por Orden ministerial de 5 de abril de 1932. En efecto, no hay claridad cuando los hechos se redactan de forma ininteligible o incomprendible de tal forma que leídos los mismos, no abarca el jurista o aun el hombre de formación vulgar, cuáles sean los antecedentes del caso, si los hubiere, los detalles de ejecución, participación del o de los procesados, circunstancias del hecho, y en general cuantas circunstancias concurren en los hechos perseguidos. No hay terminancia, cuando no van expresos tales hechos o se redactan de una forma vaga, oscura, dubitativa o condicional, de tal forma que queda una duda fundada. Sobre si ocurrieron los hechos o no, si intervinieron los procesados, si se realizaron de una manera determinada, qué detalles, comprobados, concurren en la realización en definitiva, cuando la vaguedad flota por toda la redacción de los hechos. Hay ausencia de hechos, cuando la sentencia tiene una carencia absoluta de ellos, cuando la sentencia se limita a describir lo que cada una de las pruebas aportadas a los autos dio de sí, sin formar su convicción. En todos estos casos se falta a lo previsto en el art. 142 de la L.E.Crim. y Orden ministerial citada, y surge el defecto procesal denunciado —SS. de 17 marzo 1977, 14 junio 1978, 7 mayo 1979 y 18 septiembre de 1980— entre otros.

2) S 9 marzo 1981 (RA 1094)

*En proceso seguido por falsedad y estafa se interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma con base en el inciso primero del art. 851, 1.º de la L.E.Crim. por la acusación particular, denunciando que no consta en la sentencia el «pactum scaeleris», habida cuenta que el Tribunal de instancia no estimó acreditada la participación y absolvió al procesado.*

CONSIDERANDO: Que, del contenido de la regla 2.ª del art. 142 y del

inciso primero del núm. 1.º del art. 851 de la L.E.Crim., se deduce la necesidad ineludible de que, las narraciones históricas de las sentencias de instancia, sean claras y terminantes, lo cual se ha venido interpretando, con cierta hipérbole, como exigencia de nitidez, diafanidad, transparencia y limpidez, del relato fáctico, así como necesidad de que, el mismo, sea rotundo y categórico, afrontando los problemas de hecho que presente el proceso de un modo preciso y tajante; pudiendo concretarse, con mayor precisión, que, sin necesidad de frondosidad, barroquismo o prolijidad suma o de culteranismos inútiles, y si de modo sucinto, escueto y sin excesiva parquedad, las Audiencias, deben facilitar, en sus sentencias, de modo claro, explícito, expreso y terminante, cuantos datos fácticos sean precisos para constituir el soporte o «substratum» adecuado para la acertada resolución de la temática sempiterna del proceso penal —calificación, participación, circunstancias, pena, responsabilidad civil, costas—, así como la de aquellos problemas específicos que defiera el proceso concreto de que se trate. Pugnando con las dichas exigencias, tanto el excesivo laconismo, el hermetismo, la oscuridad, la inintegibilidad y la incoherencia que convierten al «factum» en jeroglífico indescifrable, como la insuficiencia, el carácter fragmentario del relato y, en general, la abstención de pronunciarse respecto a puntos o extremos relevantes, y como, finalmente, las vaguedades, imprecisiones, expresiones dubitativas y las ambigüedades que revelan un estado de perplejidad en el Tribunal «a quo» lejano a la rotunda y total convicción que debe inspirar sus declaraciones fácticas. Pudiéndose agregar, a los fines de autos: 1.º) que no puede tacharse, a una sentencia, de oscura cuando siendo prolija, minuciosa y abundante en datos y pormenores, no recoja positivamente aquellas declaraciones fácticas que desearía, cualquiera de las partes, se tuvieran como probadas; 2.º) que si, la Audiencia, a juicio del recurrente, ha abusado de

la fórmula «no se ha probado» o de otra semejante, el cauce adecuado para calificar una pretensión casacional fundada en tal circunstancia, es el que ofrece el núm. 2.º del art. 851 de la L.E.Crim. y no el del inciso primero del núm. 1.º del mismo precepto; y 3.º) que si la conducta del recurrente no es estelar o capital, sino meramente cooperadora —necesaria o secundaria— de la observada por un autor principal y material al que no se juzga, es absolutamente indispensable que, las Audiencias, a pesar de no juzgar, como ya se ha dicho, a este último, describan, con la meticulosidad posible, la dinámica comisiva, vertebrando los hechos que se declaren probados desde esa óptica, y sin perjuicio de referirse también a los presupuestos fácticos de la participación que, en esa esencial dinámica, haya tenido el recurrente, sin que, con razón, pueda vilipendiarse a las sentencias que lo hacen así ni prescribirse toda alusión a esa conducta principal con la que se enlaza o enlaza la de cooperador necesario o la del cómplice.

HECHOS PROBADOS. DECLARACIÓN TERMINANTE SOBRE EL PARTICULAR EN RESULTANDOS.

S 10 marzo 1981 (RA 1100)

*En la sentencia de Audiencia por delito de malversación impropia, no se especifica en el primer resultando si los hechos se estiman probados ni cuáles de ellos deben serlo; en el primer considerando se manifiesta, sin embargo, «que los hechos que se declaran probados son constitutivos...».*

CONSIDERANDOS: Que de la exégesis del núm. 1, inciso 1.º, del art. 851 de la L.E.Crim. y del estudio de la jurisprudencia de esta Sala, principalmente de sus sentencias de 9 febrero y 28 mayo 1976 y 15 enero 1981, se deduce: 1.º Que la forma de manifestar la declaración de los supuestos fácticos, ha de realizarse expresando los

que se consideren como probados, en el sentido de manifestar con palabras lo que se quiere dar a entender, de acuerdo, no solamente con el precepto procesal que se acaba de citar, sino además con la regla 2.ª del art. 142, regulador de los requisitos que han de reunir las sentencias, y la O. de 5 abril 1932 en este caso, con valor o carácter interpretativo, así como también teniendo en cuenta la defensa de las garantías procesales, que reclaman, entre otros principios, que el silogismo, mediante el cual se hace el juicio valorativo para llegar a la conclusión decisoria del enjuiciamiento, se practique con la mayor claridad y nitidez; y 2.º Que esta omisión procesal, por referirse a un defecto formal referente a la premisa menor sobre la que ha de hacerse la valoración jurídica sobre los hechos, no puede ser subsanada en las consideraciones jurídicas, pues sería otorgarles una función, que, además, de serle impropia, le es incompatible, en cuanto que, en buena lógica, su contenido debe quedar limitado a razonamientos e interpretaciones de carácter jurídico y no a hacer constar lo que se estime probado.

Que del examen de la sentencia desde la óptica de la anterior doctrina, se pone de relieve que, en efecto, la narración fáctica carece de las frases usuales por las que se hacen constar, de modo terminante, que las manifestaciones se declaran como probadas y que en el primer considerando se expresa «que los hechos que se declaran probados son constitutivos...», por lo que desde el punto de vista de una interpretación restrictiva y meramente literal, el motivo del recurso debiera ser estimado, pero mediante una indagación del contenido, extensiva y primordialmente espiritual, más aconsejable, en el presente caso, por exigencias del principio de economía procesal sin merma alguna de las garantías procesales, la motivación debe ser desestimada, pues de la simple lectura se desprende que las expresiones que se invocan como omitidas obedecen únicamente a un olvido, que es nece-

sario recordar su no producción para evitar impugnaciones innecesarias, pues del estilo claro y contundente de la exposición fáctica así se desprende, por otra parte corroborado por la frase inicial del primer considerando, en el que sus razonamientos jurídicos para la calificación, dan como probados los supuestos de hecho, con lo que el descuido puesto de relieve casacionalmente debe ser tratado como omisión material sin trascendencia a efectos de casación.

#### 4. COSA JUZGADA

NO ESTIMACIÓN.

S 2 febrero 1981 (RA 470)

*Alegada por el procesado la cosa juzgada como artículo de previo pronunciamiento, la Audiencia la estima. Contra ello recurre le MF en casación declarando el TS haber lugar al recurso interpuesto. La excepción de cosa juzgada estaba basada en la incoación de unas diligencias previas ante la jurisdicción militar, que finalizaron sin declaración de responsabilidad y con su archivo. Posteriormente se inició un sumario ante la jurisdicción ordinaria que desembocó en las actuaciones a que se hizo referencia y donde se planteó la cuestión previa de cosa juzgada.*

CONSIDERANDO: Que como esta Sala tiene declarado, la cosa juzgada material, calificada por el art. 1.252 del C. Civ. como presunción legal de «res iudicata pro veritate habetur», reputada como excepción perentoria por el núm. 2.º del art. 666 de la L.E.Crim. y que se ha de deducir a través de un artículo de previo y especial pronunciamiento, atribuye a las resoluciones judiciales firmes y definitivas el atributo de la invariabilidad, irrevocabilidad o irrepetibilidad, o lo que es lo mismo, que una vez resuelto definitivamente un caso, la Justicia no puede volver sobre sus propios actos, impone

el respeto y la intangibilidad de tales resoluciones para lograr la suprema finalidad de mantener la seguridad y el orden jurídico, preservando los derechos individuales y la libertad de las personas, así como las garantías innatas de las mismas proclamadas y reconocidas en el ordenamiento penal y en los textos constitucionales o leyes orgánicas, que mal podrían surtir sus efectos, con vulneración implícita de los principios contenidos en los arts. 1, 2 y 23 del C. P. y 1.º de la referida Ley Procesal, si no se alcanzara jamás la consumación formal y material de los procesos de naturaleza criminal; por lo que a la vista de la doctrina científica y jurisprudencial en esta materia —SS. de 25 junio 1884, 31 octubre 1941, 15 abril 1946, 22 diciembre 1969 y 9 octubre 1974, entre otras muchas— para la estimación y eficacia asignada de la «exceptio res iudicata» es indispensable que entre otro proceso ya terminado mediante resolución firme y definitiva y el nuevo proceso en que se invoca aquélla, exista la triple identidad de personas, cosas y acciones, o sea, que concretamente concurren los siguientes requisitos: a) Sentencia o resolución firme y definitiva; b) que ésta haya sido dictada por Tribunal competente por razón de la materia; c) identidad de sujeto o sujetos imputados, pues los acusadores son contingentes y su coincidencia o diferencia de identidad en ambos procesos no empece al principio «non bis in idem» que informa la cosa juzgada; d) identidad de objeto, por ser los mismos los hechos ya enjuiciados y los queridos valorar en el nuevo proceso, debiéndose basarse aquéllos en el fundamento fáctico de la sentencia o resolución y no en su fallo, ya que cualquiera que sea la calificación jurídica, si el hecho es el mismo, se produce la excepción referida; y e) identidad de acción en la peculiar medida en que éste quepa en el ámbito penal.

PLANTEAMIENTO. RESOLUCIÓN POR ÓRGANO INCOMPETENTE.

S 4 febrero 1981 (RA 481)

*Apareciendo por primera vez planteada la excepción de cosa juzgada en casación, el TS pasa sin embargo a examinarla, desestimando el recurso por cuanto el órgano que conoció anteriormente —Juzgado de Distrito— era incompetente.*

CONSIDERANDO: Que aun cuando el tema que se plantea en el primero de los motivos del recurso no fue objeto de examen y decisión por parte de la Sala sentenciadora por no habersele sometido a su conocimiento en la forma que previene el art. 667 de la L.E.Crim., ni en ninguna otra, ello no es óbice para que deje de traerse una vez más a colación a esta superior instancia, el problema que contiene, para ratificar de nuevo la doctrina mantenida de antiguo por esta Sala en el sentido de que la excepción de cosa juzgada es apreciable únicamente cuando de los hechos en que se funde se deduzca una perfecta identidad de objeto fáctico y sujeto pasivo del proceso con referencia a una resolución que, a más de tener carácter de firme y ser de fecha anterior, haya sido pronunciada por Tribunal competente para ello con arreglo a la Ley, y siendo así que en este caso se trata de un delito de amenazas del núm. 2.º del art. 493 del C. P., para cuyo enjuiciamiento carecen de facultades los Juzgados de Distrito conforme al art. 14 de la Ley de Procedimientos Penales, es claro que la resolución que éstos dicten sobre los mismos hechos entendidos por ellos como falta —cualquiera que fuese el resultado condenatorio o absoluto obtenido—, no puede producir los efectos de la cosa juzgada, ya que tal resolución adolecería de la falta del trascendental requisito de haber sido proferida por Juez competente para hacerlo.

#### 5. RECURSO DE CASACION

FORMA DE INTERPOSICIÓN.

A 31 marzo 1981 (RA 1252)

*El TS inadmite el recurso de casación interpuesto por el procesado por entender incurre en la causa 4.ª del art. 884 de la L.E.Crim. al denunciar dos infracciones distintas en un motivo único.*

CONSIDERANDO: Que el art. 874 de la L.E.Crim. determina que el recurso de casación se interpondrá, en párrafos numerados, el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos del mismo, y que la doctrina de esta Sala ha establecido, de modo reiterado, sobre la interpretación de este precepto, que ha de entenderse que cada una de las motivaciones han de hacerse por separado, con expresión del orden que le corresponde en la exposición de la formalización casacional.

FINALIDAD DE LA CASACIÓN. CUESTIONES NUEVAS.

S 20 enero 1981 (RA 158)

*El TS desestima el motivo articulado al amparo del art. 849, 2.º de la L.E.Crim., en el que se alegaba la infracción por inaplicación de la circunstancia octava del art. 9 del C.p., porque en el escrito de modificación de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, expresamente se declaraba la no concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad.*

CONSIDERANDO: Que si la finalidad primordial de la casación es la revisión de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia, fácilmente se comprende que en los supuestos en que no se haya hecho aplicación de una norma jurídica no pueda entenderse ésta vulnerada, lo que supondría traer a la casación cues-

tiones nuevas e inéditas por cuanto no fueron objeto de la primera instancia, donde necesariamente tenían que encontrar su asiento conforme a los principios de contradicción y lealtad procesales, habiendo recusado la jurisprudencia tales cuestiones nuevas al estimarlas no admisibles en casación —SS. de 5 mayo 1972, 20 diciembre 1973 y 26 diciembre 1979.

#### NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA CASACIÓN.

S 24 enero 1981 (RA 240)

*Para la resolución desestimatoria del primero de los motivos del recurso, acogido al art. 849, 2.º de la L.E.Crim.—error de hecho en la apreciación de la prueba— basado en diligencia de inspección ocular, el TS entra con carácter previo a hacer algunas consideraciones al respecto.*

CONSIDERANDO: Que como es conocido el recurso de casación regulado en el Título I del Libro 5.º de la L.E. Crim., no es uno más de los previstos en la misma, sino que tiene naturaleza extraordinaria en cuanto sólo se da contra resoluciones definitivas, quedando sometido en su preparación, interposición y vista a un cauce formalista de preceptiva observancia, más acentuado al acogerse al núm. 2.º del art. 849 de aquélla por error de hecho en la apreciación de la prueba, que le otorga un carácter excepcional al permitir al recurrente desarrollar la tesis defensiva sin la primordial exigencia de atenerse al dogmático principio de intangibilidad, respeto y vinculación de los hechos estimados probados, como se exige en los demás cauces casacionales amparadores señalados en los arts. 849, 850 y 851 de la indicada Ley, mas sin que aquella modalidad signifique establecer una apertura revisora de las pruebas existentes en la causa, ni permita abrir una brecha tendente a demostrar la dudosa, escasa o insuficiente fuerza convincente de los elementos de juicio y prueba que obran-

tes en las actuaciones pudieron servir al Tribunal «a quo», para deducir en conciencia su juicio descriptivo y cognitivo exigido por los arts. 741 y 742 de la precitada Ley a fines de calificación y resolución de los hechos y cuestiones suscitados y debatidos en el juicio oral, ya que tal amplitud conduciría a convertir la casación en una apelación de contorno más o menos dilatada, generadora de una segunda instancia inexistente en el ordenamiento de esta institución casacional, por lo que el recurso tutelado por el núm. 2.º del art. 849 citado, queda estrictamente supeditado a conceder la oportunidad de evidenciar la relación y situación de contradicción u oposición directa y manifiesta entre un hecho autónomo cierto, incontrovertible e indubitado contenido en documento auténtico obrante en los autos, que gozando de privilegiado rango procesal puede ser contrastado y contrapuesto con otro de los formalmente aceptados como probados en la sentencia impugnada, que afecta esencialmente al supuesto enjuiciado y a sus circunstancias calificatorias, documento no definido, ni determinado en sus características y contorno por el legislador, pero matizado por esta Sala como proveniente de persona legitimada para dar fe de actos o hechos que así lo caracterizan al concurrir de consuno, las garantías formales extrínsecas, reflejando y relatando en su texto o contenido literal verdades acreditativas de inconcusa justificación imponibles a terceros por su fondo incontrovertible, no dependientes de declaraciones o manifestaciones de voluntad —SS. de 14 mayo 1970, 10 marzo 1971, 19 octubre 1977 y 12 mayo 1978—.

#### 6. POR INFRACCIÓN DE LEY

ERROR DE HECHO. CONCEPTO DE DOCUMENTO AUTÉNTICO.

A. 3 marzo 1981 (RA 1039)

*El TS desestima el recurso basado en este motivo, al entender que no es*

*auténtico un documento privado cuya firma no ha sido reconocida, ni un informe de la Inspección de la Delegación de Trabajo y una certificación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, pues no acreditan «por sí solos» la inexistencia de una relación de dependencia laboral.*

CONSIDERANDO: Que, a los efectos del recurso de casación, y sintetizando una inconcusa doctrina de este Tribunal Supremo, son documentos auténticos aquellos que, aparte de reunir los requisitos extrínsecos de solemnidad formal y procedencia del funcionario legitimado para expedirlos dentro del orden de sus atribuciones, constituyen, en cuanto al fondo —aspecto intrínseco o material— la demostración «erga omnes» de una verdad absoluta, patente e irrefutable, que por sí sola, sin complemento de otros datos y sin necesidad de acudir a deducciones, razonamientos, interpretaciones o subjetivas hipótesis, cualquiera que sea su fuerza lógica, son bastantes —literosuficientes— para imponerse como contrarios o incompatibles a los hechos del relato judicial; y aunque, excepcionalmente, quepa atribuir el rango de documentos auténticos a efectos de la casación a los privados, es preciso para ello que se hallen reconocidos por ambas partes interesadas en el valor de su contenido —S. de 20 mayo 1964—.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. PRESUPUESTOS.

1) S 5 febrero 1981 (RA 486)

*En proceso por asesinato se alega infracción por error de hecho basado en documentos auténticos, citándose una diligencia de inspección ocular, entre otros, que el TS desestima, por entender que lo consignado en la diligencia no eran observaciones directas del Instructor, sino deducciones.*

CONSIDERANDO: Que los motivos segundo y cuarto por infracción de Ley

se formulan al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la L.E.Crim., es necesario declarar que para poderse apreciar esta clase de motivaciones se precisa: 1.º Que el error o equivocación en la narración de los hechos sea evidente, es decir, que no exista duda en la contradicción entre lo averado como supuesto fáctico y lo que se deduce del medio probatorio documental; 2.º Que la equivocación se deduzca de documento auténtico, tanto desde el punto de vista externo —otorgamiento con los requisitos formales exigidos por la Ley— como el interno —indubitación del contenido—; 3.º Que el conocimiento erróneo no se desvirtúe por la apreciación de otros medios probatorios; y 4.º Como requisito formal, que, en la preparación de la impugnación casacional, se designen los particulares del documento que pongan de manifiesto el error padecido.

2) En el mismo sentido, S 13 enero 1981 (RA 132)

#### 7. POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

POR NO EXPRESAR CLARA Y TERMINANTEMENTE CUÁLES SON LOS HECHOS QUE SE CONSIDEREN PROBADOS.

1) S 23 enero 1981 (RA 226)

*En proceso seguido por escándalo público, el procesado recurre por este motivo basándose en que en los resultados de la sentencia no se recoge el número de la revista y fecha de su publicación, desestimándose el recurso.*

CONSIDERANDO: Que para poderse apreciar el motivo de casación del primer inciso, núm. 1 del art. 851 de la L.E.Crim. —falta de claridad en la declaración de hechos probados—, es necesario: 1.º El empleo de palabras o frases ininteligibles, o la captación de omisiones o lagunas, que originen la incompreensión o dubitación de lo que-

rído y debido manifestar; 2.º Que esta ininteligibilidad, incompreensión o dubitación, esté en conexión con los requisitos del delito, o con la dinámica de su ejecución o participación o con cuantas circunstancias influyan en la medición de las responsabilidades derivadas de la infracción penal; y 3.º Que sus efectos sean determinantes de un pronunciamiento sin los debidos condicionamientos y produzcan un fallo incongruente.

- 2) En el mismo sentido, S 13 febrero 1981 (RA 548), que cita las SS de 11 diciembre 1979, 24 octubre 1980 y la anterior.

**POR MANIFIESTA CONTRADICCIÓN ENTRE LOS HECHOS PROBADOS.**

- 1) S 23 enero 1981 (RA 226)

*En proceso seguido por escándalo público, se fundamenta el recurso en que la manifestación de la sentencia «Los autores sean desconocidos» implica contradicción, ya que el director no puede desconocer cuando con ellos contrata, siendo desestimado el recurso, por cuanto el TS considera que el supuesto que se alega como contradictor no tiene el carácter de fáctico y es razonamiento objeto de la controversia valorativa de la prueba.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo de casación recogido en el inciso segundo del núm. 1 del art. 851 de la L.E.Crim. —contradicción entre los hechos que se declaran como probados—, exige para poderse apreciar: 1.º Manifestaciones incompatibles entre sí, de tal modo, que la aceptación cognoscitiva de una de ellas haga imposible la comprensión de la otra; 2.º Que estén en conexión o relacionados con los elementos que son objeto de calificación mediante las correspondientes valoraciones; y 3.º Que produzcan, por su desaparición, un vacío fáctico determinante de un fallo incongruente.

- 2) En el mismo sentido SS de 5 febrero 1981 (RA 486) y de 28 enero 1981 (RA 259), que cita, a su vez, las de 26 junio, 13 octubre y 21 noviembre 1980.

- 3) S 13 febrero 1981 (RA 656)

*En proceso seguido por delitos de robo y robo de uso, se denuncia el quebrantamiento de forma aludido, basado en la forma de redactar la premisa narrativa de la sentencia.*

**CONSIDERANDO:** Que como esta Sala tiene afirmado con reiteración, el vicio o defecto procesal de forma, tutelado en el inciso 2.º del núm. 1.º del art. 851 de la L.E.Crim., por manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados, requiere que en el contexto de los mismos, se inserten aseveraciones opuestas e incompatibles entre sí, implicando por tanto objetivamente, dos o más extremos relatados en los hechos sobre cuestiones esenciales que sean inconciliables y su oposición clara y notoria, de tal manera que sin deducciones o interpretaciones más o menos hábiles, al venir aquéllos amparados por la vinculación e intangibilidad, que los hechos afirmados, como verdades oficiales presuponen en la institución casacional tales pasajes o extremos reflejados al ser antitéticos se anulen y destruyan mutuamente, creando un vacío o laguna fáctica insubsanable que priva del soporte o fundamento de hecho a la calificación jurídica estimada en la sentencia.

- 4) S 31 marzo 1981 (RA 1244)

*En recurso interpuesto por esta vía casacional, el TS entiende que las expresiones denunciadas como contradictorias, aun pudiéndose reputar una de ellas como tal, no puede estimarse el recurso por cuanto su supresión no engendra oscuridad alguna.*

**CONSIDERANDO:** Que, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala,

el vicio procesal de manifiesta contradicción entre los hechos probados, a que hace referencia el inciso 2.º del núm. 1.º del art. 851 de la L.E.Crim., requiere, en primer lugar, que dicha contradicción, como el mismo precepto exige, sea manifiesta, entendiéndose por tal no tanto que sea ostensible sí que también y principalmente que sea insubsanable e insoslayable o incompatible en su integración con el relato histórico; en segundo lugar, que sea interna, es decir, que resulte de los propios términos en que se pronuncie el resultando de hechos probados; en tercer lugar, que afecte a hechos o circunstancias esenciales; y, en cuarto y último lugar, que sea causal del fallo, en el sentido de hacer llegar hasta él el vicio de que se trata.

**POR CONSIGNAR EN LOS HECHOS PROBADOS CONCEPTOS QUE, POR SU CARÁCTER JURÍDICO, IMPLIQUEN LA PREDETERMINACIÓN DEL FALLO.**

- 1) S 15 enero 1981 (RA 138)

*En proceso seguido por introducción en España de moneda falsa, recurre en casación el procesado alegando como concepto jurídico que implica predeterminación del fallo que «les constaba a todos los procesados la falsedad de los billetes», siendo desestimado por el TS por cuanto que, suprimida la expresión, queda en pie el hecho probado.*

**CONSIDERANDO:** Que a los efectos del art. 851, primero, inciso tercero, de la L.E.Crim. «consignar en los hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación en el fallo», supone que el defecto se cometa en los hechos probados y consista esencialmente en incluir en el mismo: 1.º) conceptos jurídicos. 2.º) que vinculen, predeterminando el fallo. Sobre los conceptos jurídicos no están incluidos en el vicio cualesquiera conceptos jurídicos, sino, como reiteradamente ha sostenido esta

Sala, expresiones técnicas jurídicas de matiz sustantivo penal, con lo que el legislador dio nombre o definió la esencia de la infracción criminal típica y por tanto asequibles ordinariamente a la comprensión de sólo los juristas, no siendo propias del lenguaje común u ordinario, que es el que el juzgador debe emplear para narrar las conductas sometidas a su enjuiciamiento y fallo. Predeterminan el fallo tales conceptos, anticipando obligadamente el mismo, porque el reproducir las palabras del tipo, suponen juicios de valor que conducen positivamente a la calificación jurídica del delito, adelantando inadecuadamente apreciaciones que llevan su lugar justo en los considerandos de la resolución y negativamente en cuanto que si se suprimen dejan sin base el hecho, el juicio de valor que encierran —SS. de 28 febrero, 16 mayo, 20 y 23 junio, 11 diciembre 1978, 20 marzo y 23 noviembre 1979, 29 mayo, 14 noviembre y 1 diciembre 1980.

- 2) En el mismo sentido S 6 marzo 1981 (RA 1086)

- 3) S 13 enero 1981 (RA 132)

*El recurso se fundamenta en el empleo de las frases «aprovechando las facilidades que les proporcionaban las sombras de la noche, que buscaron deliberadamente para la realización de sus designios y procurarse la impunidad» y «aceptada por éstos la idea y puestos de acuerdo para llevarla a cabo», siendo desestimado por el TS por entender que su comprensión no requiere de conocimientos jurídicos, aduciendo a este propósito.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo protector del trámite procesal, consignado en el inciso tercero del núm. 1.º del art. 851 del texto regulador del proceso criminal —predeterminación en el fallo— tiene como principio básico para su interpretación, la defensa de los juicios valorativos que toda sentencia ha de contener sobre las califi-

caciones de las conductas objeto de enjuiciamiento, por exigencias de las garantías legales que reclama el procedimiento, habiendo establecido, de modo reiterado, la doctrina de esta Sala —SS. 30 octubre y 2 noviembre 1979 y 22 abril y 12 mayo 1980— que para su estimación se requiere: 1.º Que los hechos que se declaran como probados, sean expresados con manifestaciones o frases, para cuyo conocimiento o comprensión es preciso el saber de la ciencia jurídica; 2.º Que estas manifestaciones o frases sean de las utilizadas para la descripción tipológica del delito, su participación, grados de ejecución y circunstancias modificativas de la responsabilidad; y 3.º Que la ausencia de los supuestos predeterminantes del fallo produzcan un vacío o falta de contenido, no susceptible de suplirse por otros conceptos y que determinen la incongruencia del fallo.

- 4) En el mismo sentido, SS 17 enero 1981 (RA 145) y 5 febrero del mismo año (RA 486)

POR NO RESOLVER SOBRE TODOS LOS PUNTOS OBJETO DE LA ACUSACIÓN Y DEFENSA.

- 1) S 23 enero 1981 (RA 226)

*En proceso seguido por escándalo público se fundamenta el recurso en que la sentencia no determina «que los autores de las fotografías eran conocidos», desestimándolo el TS por referirse a cuestiones de hecho, y en la narración de hechos probados se hace constar que las mencionadas «fotografías son de autor desconocido».*

CONSIDERANDO: Que la no resolución de todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa, durante el procedimiento, vicio «in procedendo», recogido en el núm. 3 del art. 851 de la L.E.Crim., como motivo de casación, conocido por los comentaristas con la denominación de «fallo corto»; para que pueda ser estimada, es preciso: 1.º Que la omisión se refie-

ra al ejercicio de pretensiones jurídicas, no a supuestos fácticos; 2.º Que se hayan ejercitado durante el proceso, en el período y trámite oportunos, y con las formalidades exigidas por la normativa penal; y 3.º Que la resolución o fallo no pueda ser captada, no solamente de forma directa o explícita, sino de modo indirecto o implícito, en cuanto que la aceptación o negación de determinada pretensión lleva consigo la concreción negativa o positiva, de otra.

- 2) En el mismo sentido SS 2 febrero 1981 (RA 474) y 18 febrero 1981 (RA 662)

DE LAS CAJAS DE AHORRO. EXENCIÓN.

- A. 20 enero 1981 (RA 163)

*Desestimado recurso de casación interpuesto por la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao, el TS la condenó a la pérdida del depósito y a las costas causadas. La representación de su entidad comparece ante el TS exponiendo que no procedía hacer efectiva, en su día, la condena en costas por gozar del beneficio legal de pobreza, eximiéndole la Sala del pago.*

CONSIDERANDO: Que la declaración de pobreza puede proceder en nuestro sistema legal no sólo de una resolución judicial que, luego de los trámites procedentes, así lo acuerde, sino de una declaración legal, en este caso sin los condicionamientos que derivan de los arts. 136, 139 de la L.E. Crim. y los previstos para la expectativa de mejor fortuna; y disfrutando de este beneficio de exención de gastos procesales las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, por ministerio de la ley de 29 junio 1880, procede concederle a la Caja que ha comparecido en este recurso en calidad de acusadora.

DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.

- S 26 febrero 1981 (RA 792)

*En procedimiento de urgencia seguido por delito de imprudencia recurre en casación por infracción de ley el procesado, alegando infringidos los artículos 110 del C.p. en relación con el art. 241 del mismo cuerpo legal. El TS desestima la impugnación.*

CONSIDERANDO: Que no obstante la aceptación que de los hechos, calificación y motivación que de la sentencia dictada se hace por el recurrente, el segundo de los motivos del recurso impugna el particular del fallo que incluye entre el pago de las costas procesales las referidas a la acusación particular, acogiendo al núm. 1.º del artículo 849 de la referida Ley Procesal y estimando infringidos los arts. 110 del C.P. en relación con el 241 de dicha Ley, por cuanto basándose la tasación de costas en los principios de economía que informa en general a la justicia, no cabía la inserción en aquella de conceptos superfluos, como era la utilización de Letrado que defiende los derechos particulares de los interesados en concurrencia con el Ministerio Fiscal, que evidenciaba un lujo innecesario, al no haber duda que tales derechos se encontraban suficientemente defendidos por la acusación pública sin necesidad de utilizar a un profesional, cuyo pago no podía gravitar sobre el patrimonio del inculcado, sino en aquellos casos excepcionales en que la actuación del Letrado privado haya sido claramente relevante, lo que sólo cabría estimarla de tal carácter, si por su mediación se consiguió la imposición de pena superior a la instada por el Ministerio Fiscal o por la consecuencia de una indemnización de superior cuantía, lo que no ocurría en el supuesto enjuiciado, alegación que ha de correr igual suerte desestimatoria que la sustentada en el anterior motivo, habida cuenta de una parte, que siendo

pública la acción penal, todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley Procesal con las salvedades de los arts. 103 y 104, e incluso los extranjeros previo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 280, siendo necesario en caso de querrela la representación por medio de Procurador suscrita por Letrado, lo mismo que la personación legítima, como parte en caso de denuncia, y cuya regulación está prevista en los arts. 110 y 111 del C.P. y en los arts. 239, 240 y 241 de la indicada Ley adjetiva, constituyendo una institución principal en la ordenación del proceso penal, a los fines de legitimación, rogación y contradicción por el que se rige el sistema acusatorio penal en nuestro país, y no un lujo superfluo o un capricho innecesario, como se aduce por el recurrente, por el mero hecho de que siendo público el delito imputado, haya de intervenir inexcusablemente el Ministerio Fiscal, lo que nada resta a la intervención legitimada de la acusación particular, sino que en buena parte contribuye al perfeccionamiento y esclarecimiento de los fines procesales, en definitiva, dirigidos al mayor acierto del justo fallo que resuelva las cuestiones suscitadas y debatidas, objeto esencial y prevalente de todo proceso judicial, y de otra parte, que tal alegación es asimismo inabordable en cuanto a la improcedencia de imposición de costas, incluidas las de la acusación particular, en cuanto esta Sala tiene reiteradamente declarado sobre esta cuestión que cuando se trata de procedimientos ordinarios, los arts. 109 en relación con el 111, número 3.º del expresado Código, incluyen en toda condena por delito las costas producidas por la actuación de tal acusación privada, en concordancia con los arts. 240 y 241 citados de la antedicha Ley, pero cuando el proceso seguido se acomoda, como en el supuesto presente, al de urgencia regulado inicialmente por las Leyes de 8 junio 1957 y 30 julio 1959, modificadas por la Ley de 8 de abril de 1967, la procedencia de tal condena que apare-

ce para los ordinarios y aun en principio para estos últimos del tenor literal del art. 802, núm. 2.º, al consignar su «pago por el condenado de las costas causadas por el querellante particular», no ha de entenderse sin embargo como imperativo en todos los casos, tanto por lo ordenado en el párrafo 1.º de este mismo precepto al distinguir que la sentencia deberá contener «en sus respectivos casos», lo que permite cierta variación justificada para el Tribunal de instancia, como porque de haberlo así querido el legislador, bastaba con suprimir el número 2.º antes transcrito del 802, dejando el procedimiento de urgencia en este específico aspecto sometido a idéntico régimen que el previsto para el ordinario, por lo que el precepto procesal vigente debe aplicarse en el sentido de que la voluntad legislativa fue diferenciarlos, rigiendo actualmente la procedencia intrínseca de la condena en costas, sin necesidad de tener que pronunciarse el Tribunal «a quo» por la relevancia de las actuaciones del acusador particular, mas quedando a salvo de la regla general, aquellos supuestos especiales en que el Juzgador considere con ponderada valoración discrecional, que no procede el pago de las mismas por el condenado, lo que en principio ocurre si la acusación se ha excedido con una «plus petitio» heterogénea e inviable,

dando lugar a una discordancia manifiesta entre la pretensión acusatoria ejercitada y la condena delictiva imputada, lo que indudablemente no acaece en la sentencia impugnada, como se desprende de las conclusiones definitivas de las respectivas acusaciones pública y particular, ambas homogéneas en cuanto a los hechos imputados, calificación jurídica y penas solicitadas, e incluso de la sentencia dictada, coincidente con tales peticiones, aunque reduciendo la penalidad en uso del arbitrio judicial, sin que el uso de esta facultad de apreciación respecto a la menor gravedad de la imprudencia imputada y la rebaja consiguiente de la penalidad abstractamente asignada, así como la reducción del «quantum» indemnizatorio procedente, suponga ruptura de homogeneidad al no existir discordancia absoluta, sino simple utilización de la soberanía del Juzgador de instancia respecto a matizaciones relacionadas con la apreciación de calificación y condena adecuada, con sus demás consecuencias inherentes, lo que concuerda con la doctrina jurisprudencial exhaustivamente contenida en las SS. de 26 enero 1973, 7 enero y 6 junio 1975, 28 mayo 1976, 1 marzo 1977 y 1 diciembre 1978, entre otras, lo que consecuentemente conduce a desestimar por su injustificación e improcedencia el motivo examinado.

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

Catedrático de Derecho Procesal de la U.N.E.D.

## SUMARIO:

Autor: José ALMAGRO NOSETE.

*Sección de Recursos de Amparo:* Sentencia de 15 de julio de 1982 (núm. 41/1982). — 2. Sentencia de 22 de julio de 1982 (núm. 52/1982). — 3. Sentencia de 22 de julio de 1982 (núm. 56/1982). — 4. Sentencia de 26 de julio de 1982 (núm. 30/1982). — 5. Sentencia de 26 de julio de 1982 (núms. 60 y 110/1982). — 6. Sentencia de 28 de julio de 1982 (núms. 30 y 99/1982). — 7. Sentencia de 2 de julio de 1982 (núm. 196/1981). — 8. Sentencia de 5 de julio de 1982 (número 366/1981). — 9. Sentencia de 6 de julio de 1982 (núm. 43/1982). — 10. Sentencia de 12 de julio de 1982 (núm. 419/1981). — 11. Sentencia de 12 de julio de 1982 (núm. 55/1982).

Autor: Pablo SAAVEDRA GALLO.

*Sección de Recursos de Inconstitucionalidad:* 1. Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (núm. 208/1981). — 2. Sentencia de 22 de diciembre de 1981 (número 221/1981). — 3. Sentencia de 8 de febrero de 1982 (núm. 234/1981). — 4. Sentencia de 23 de marzo de 1982 (núm. 242/1981). — 5. Sentencia de 13 de mayo de 1982 (núm. 68/1982). — 6. Sentencia de 31 de mayo de 1982 (núm. 238/1982). — 7. Sentencia de 14 de junio de 1982 (núm. 24/1982). — 8. Sentencia de 27 de julio de 1982 (núm. 74/1982).

*Sección de Cuestiones de Inconstitucionalidad:* 1. Sentencia de 4 de marzo de 1982 (243/1981). — 2. Sentencia de 19 de julio de 1982 (núm. 54/1982).

## SECCION RECURSOS DE AMPARO

1. — NÚM. 41/82. SALA II. SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1982. MATERIA: INFRACCIÓN ARTS. 24 Y 14 C. ANULACIÓN DE SENTENCIAS. SOBRE AMNISTÍA LABORAL. DENEGACIÓN. PONENTE, SR. AROZAMENA SIERRA.

I. — *Cómputo del plazo.*

Prescindimos de la excepción de interposición tardía que opone el Ministerio Fiscal acudiendo a un sistema de cómputo de plazos que no es el aplicable en los casos de amparo, como dijimos «in extenso» en la sentencia de 21 de abril actual (que puede verse publicada en el «Boletín Oficial del Estado», del 18 de mayo), y a la que nos remitimos evitando reiteraciones innecesarias.

II. — *Alcanzan al recurso de revisión las garantías fundamentales contenidas en el art. 24.1.*

Sin entrar en el análisis de la significación autónoma o dependiente que respecto del proceso anterior, tiene lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (en el título XXII del libro II), y también el artículo 189 de la Ley Procesal Laboral, llama recurso de revisión y lo que esto comporta en la difícil colisión entre seguridad y justicia, que está en la base de esta institución, sí que puede afirmarse que la revisión es instrumento que sirve al ejercicio del derecho a obtener la invalidación de la sentencia que ha ganado firmeza, en los casos que el legislador, en esa colisión comprometida entre seguridad y justicia abre vías para rescindir un proceso anterior. Instituida la revisión, alcanza a ella las garantías fundamentales contenidas en el artículo 24.1) de la Constitución Española y, por tanto, las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión revisora en el proceso debido, asegurando el contenido esencial de este derecho instrumental.

III. — *Sólo pueden entenderse quebrantadas las garantías de un proceso (indefensión) cuando propuesta la prueba ha sido denegada.*

Podrá justificarse un alegato de indefensión, si intentando en tiempo y forma unas pruebas que siendo pertinentes, son también influyentes para la decisión del litigio, el juez del proceso las rechaza, no remediando mediante otras actividades probatorias la indefensión. Con pertenecer esto, en principio, al área de las funciones del Juez, y su remedio, a las instancias siguientes, y, en su caso, a la casación por vicios relativos a la prueba, podrán darse supuestos en que agotados todos los medios disponibles en sede judicial, la denegación pueda tener acceso al amparo constitucional, como generadora de una indefensión patente, acceso, por lo demás, que deberá sentarse en una sólida justificación por cuanto el Tribunal Constitucional no está establecido para velar, y, en su caso, corregir, todos los vicios «in procedendo». Son aquellos que incidan en lo que es esencial del derecho a la jurisdicción y al proceso debido, y, que por esto, el constituyente, ha incorporado a los derechos fundamentales, dotándolos de la protección reforzada que significa el artículo 53.2) de la Constitución, los que pueden recabar mediante el amparo

que regulan los artículos 41 y siguientes de la L.O.T.C. una decisión reparadora de este Tribunal, en los términos que define el artículo 55.1), también de la L.O.T.C. Mas, en cualquier caso, presupuesto de tal invocación de indefensión, es que la prueba haya sido denegada, lo que, ciertamente, no ha ocurrido en el caso de que estamos conociendo, pues regulada aquí la materia, según lo dispuesto en los artículos 750 y los que siguen de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que se remite el artículo 1.802, el solo recibimiento a prueba no constituye al Tribunal en impulsor de la que pueda resultar influyente para la decisión, pues la proposición de prueba habrán de realizarla las partes y acordarla el Tribunal, valorando su pertinencia y utilidad. Sólo pueden entenderse quebrantadas las garantías de un proceso cuando, propuesta la prueba, ha sido denegada, y tal prueba es congruente e influyente para la decisión. Si esto es así con un carácter de generalidad, es claro que falta el presupuesto necesario para que pueda enjuiciarse si se ha producido una indefensión, quebrantadora del derecho al proceso debido, que tiene en el artículo 24 su reconocimiento constitucional.

IV. — *No puede traerse el juicio de revisión al enjuiciamiento constitucional.*

Pretende traer al enjuiciamiento constitucional, el juicio de revisión, pues de lo que discrepan los recurrentes es de la interpretación que el Tribunal Supremo (Sala Sexta) hace del artículo 1.796, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y desde esta interpretación, la solución que se da en la sentencia por razón de la cual se formula el amparo, a la pretensión de revisión. Si el contenido de la revisión es, en el caso del artículo 1.796, 1.º, un juicio respecto al carácter decisivo del documento en que se funda la demanda de revisión y, concurriendo esta imprescindible influencia, el que se trate de un documento recobrado de imposible aportación en el proceso cuya revisión se pretende, imposibilidad por la concurrencia de fuerza mayor o por obra de la parte contraria, el que nosotros ahora analizáramos estos condicionantes de la revisión, cuales son el carácter decisivo de los documentos recobrados y la fuerza mayor o la actuación de la otra parte, como generadoras de la imposibilidad de la aportación del documento, entrañaría un nuevo juicio de revisión. El que los recurrentes disientan del juicio del Tribunal Supremo respecto a que no es asimilable a la fuerza mayor ni el desconocimiento ni la falta de diligencia y que existe falta de diligencia cuando el documento se encontraba en un archivo, no entraña una acusación de que se haya violado el derecho proclamado por el artículo 24.1), pues aquí lo que se tutela es el derecho de toda persona a que sus derechos e intereses legítimos tengan acceso a un proceso, y que éste se desarrolle con las garantías aseguradoras de la defensa.

2. — NÚM. 52/1982. SALA II. SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1982. MATERIA: CONTRA SENTENCIA SALA III T.S. SOBRE RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DEL FONDO NACIONAL DE GARANTÍA SALARIAL. DENEGACIÓN. PONENTE: SR. TRUYOL SERRA.

I. — *Falta de claridad y precisión en la demanda (art. 49.1. L.O.T.C.).*

Dada la misma naturaleza subsanable del defecto señalado, éste ha de tratarse en el trámite de admisión, de modo que si el Tribunal aprecia el defec-

to legal en el modo de proponer la demanda, tendrá que arbitrarse el trámite subsanatorio del artículo 85.2 de la citada Ley.

## II. — *Cómputo del plazo.*

En cuanto a la excepción de interposición tardía, basada en que, computado el plazo de veinte días incluyendo los inhábiles no se vería satisfecho por un día, bastará referirnos a la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el cómputo del plazo de ejercicio del recurso de amparo (así, en la sentencia 14/1982, de 21 de abril, en el recurso de amparo número 373/1981 «Boletín Oficial del Estado» de 18 de mayo, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º).

## III. — *El art. 24 de la C. no proclama el derecho a que la pretensión material sea favorable.*

Las alegaciones de la parte actora no acusan la vulneración del derecho que reconoce este artículo si no es desde la perspectiva de que no ha sido acogida la revisión, rescindida la sentencia y dictado el fallo adecuado. Ahora bien, es obvio que no se trata, en modo alguno, del derecho que proclama el artículo 24, el cual no es el derecho a que la pretensión material sea favorable.

3. — NÚM. 56/1982. SALA II. SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1982. MATERIA: VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 14, 7, 28.1 Y 23 DE LA C. CONTRA SENTENCIA DE LA SALA III T.S. POR DENEGACIÓN DE LA INSERCIÓN DE UN REPRESENTANTE SINDICAL EN LA COMISIÓN EJECUTORIA PROVINCIAL DEL I.N.E. DENEGACIÓN. PONENTE: SR. TOMÁS Y VALIENTE.

### I. — *Objeto: Constitucionalidad de una Orden ministerial.*

No nos hallamos frente a un problema de aplicación presuntamente discriminatoria de una norma, sino ante un precepto (el párrafo final del artículo 2.1 de la Orden ministerial de 8 de julio de 1981, al que se remite el artículo 16 de la misma) supuestamente atentatorio a la libertad sindical, a la igualdad y a otros preceptos constitucionales. Por ello, para otorgar o no el amparo solicitado, tenemos que realizar un análisis sobre la constitucionalidad de esa norma cuya ejecución a un caso llevó a cabo correctamente el Delegado de Trabajo de Baleares, bien entendido que el juicio de constitucionalidad del precepto en cuestión no implica de suyo un enjuiciamiento sobre la legalidad de esa misma norma, de modo que un pronunciamiento favorable a la compatibilidad de la Constitución de los citados artículos de la Orden ministerial no entraña «eo ipso» un juicio positivo de legalidad, cuestión en la que esta Sala no entra.

4. — NÚM. 30/1982. SALA II. SENTENCIA DE 26 DE JULIO 1982. MATERIA: VULNERACIÓN ART. 24 (PRESUNCIÓN DE INOCENCIA). CONTRA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA. DENEGACIÓN. PONENTE: SR. AROZAMENA SIERRA.

### I. — *No hay interposición extemporánea por no dirigir el recurso contra el Auto que rechazó los motivos de casación en vez de contra la sentencia de la Audiencia Provincial.*

La sentencia que el recurrente hace objeto del recurso de amparo es la pronunciada por la Audiencia Provincial de Pontevedra en la causa seguida contra el mismo y otro por los delitos de robo y tenencia ilícita de armas. Es, por tanto, en relación con esta sentencia, en cuanto objeto del amparo, como deben estudiarse si se han cumplido los requisitos a los que el artículo 44.1 de la L.O.T.C. condiciona el ejercicio del recurso de amparo, y en especial los que excepciona el Fiscal General del Estado como impeditivos del enjuiciamiento de fondo. Por de pronto, cuando dice el Fiscal respecto a la interposición extemporánea y al objeto del recurso, que, según él, debió dirigirse contra el auto que rechazó los motivos de casación referidos a los artículos 849, 1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no son aquí relevantes, pues cualquiera que sea la regla válida para hacer patente en casación la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es lo cierto que el amparo se ha promovido contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, una vez agotados todos los recursos, tal como previene el artículo 44.1-a) de la L.O.T.C. Por esto el recurso está en plazo computado, el que dice el artículo 44.2, desde la notificación de la sentencia.

## COMENTARIO

La elección del acto judicial causante del agravio plantea, a veces, problemas si se pone en relación esta exigencia lógica de determinación del objeto (art. 44-b) de la L.O.T.C.) con aquella otra, de carácter formal, que pide el agotamiento de todos los recursos «utilizables» máxime cuando el concepto de utilidad está en función de la naturaleza del recurso (no es lo mismo un recurso de jurisdicción limitada como el recurso de casación, que el ámbito del recurso de apelación). En todo caso, lo que le puede ocurrir es que a esta elección se le dé un rigor formal innecesario (como acontece en algunos autos denegatorios de la admisión).

Hay algo que debe estar claro: producida una vulneración todos los actos judiciales sucedidos con posterioridad en recursos donde aquella vulneración se halla denunciada asumen, también, la vulneración. Cítese, pues, el acto judicial originario o el derivado que no corrige la vulneración, debe admitirse el recurso.

### II. — *Libertad de apreciación de las pruebas.*

Prueba en conciencia, íntima convicción, quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna, prescindiendo de la prueba, desde la obligada distinción entre medio y resultado, referida a la institución probatoria. Esta es la idea que está presente en el artículo 741, párrafo primero, de la L.E.Cr. y que desde la consideración constitucional de la presunción de inocencia se afirma en la sentencia del Tribunal Constitu-

cional de 28 de julio de 1981 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 13 de agosto) y en la que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, ha pronunciado el 1 de junio de 1982 (en el recurso 322/1981). Las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del Juzgador, de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación. Pues bien, en el caso de este recurso de amparo la censura del demandante no se sitúa en el terreno de la falta de medios probatorios y tampoco de la prescendencia de la prueba, sino de la apreciación o valoración de la llevada al juicio oral. La contradicción entre testimonios obrantes en el sumario y las declaraciones en el juicio oral, que es, en definitiva, el núcleo de la crítica que al relato de hechos probados hace el demandante, pertenece al ámbito del poder y responsabilidad del juzgador penal de valorar en conciencia el resultado de las pruebas.

5. — NÚMS. 60 Y 110/1982. SALA II. SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1982. MATERIA: INADMISIÓN DE MOTIVOS DE CASACIÓN POR INFRACCIONES CONSTITUCIONALES. ESTIMACIÓN. PONENTE: SR. RUBIO LLORENTE.

#### I. — Acumulación.

La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 28 de abril pasado, admitió a trámite este segundo recurso, recabó las correspondientes actuaciones del Tribunal Supremo y acordó oír sobre la acumulación solicitada al Ministerio Fiscal, el cual expresó su juicio contrario a la acumulación. Ambos recursos fueron acumulados por Auto de 12 de mayo del año en curso, por el que también se dispuso dar vista de las actuaciones que el Tribunal Supremo había remitido, al Ministerio Fiscal y a la representación demandante por plazo de veinte días, en el que podían presentar sus escritos de alegaciones.

#### II. — Utilidad del recurso.

Cuestión previa a resolver en el presente asunto es la de la incidencia que en el mismo haya de tener la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1982, recaída en el recurso de casación 322/81, en el que, se produjo el Auto de 2 de marzo de 1982, contra el que se interpuso el recurso de amparo 110/82, uno de los dos aquí acumulados.

Tal sentencia, como expresamente reconocen tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, al casar y anular la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza en la que se condenaba al señor Domínguez Goñi y llegar a esta decisión precisamente por el sexto motivo de los aducidos en casación, ha restablecido al recurrente en el derecho fundamental a ser presumido inocente, que él consideraba conculcado por la sentencia anulada. Este restablecimiento priva de finalidad al recurso de amparo, cuyo objeto era alcanzarlo, pues, como es obvio, su estimación no podría tener otro efecto que el ya producido. Sin sustentar una tesis opuesta, el recurrente manifiesta, sin embargo, como queda referido en los antecedentes (punto 11), algunas dudas sobre la conveniencia de que se decrete el archivo de las actuaciones del recurso 110/82, en cuanto que a través de él podría alcanzarse un pronunciamiento sobre lo que él califica de «temas colaterales», razón por la cual, según dice, no ha considerado oportuno desistir. Tales dudas han de desechar-

se por una doble razón, pues, en primer lugar, la finalidad específica del recurso constitucional de amparo es el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad (art. 55-1-c) de la L.O.T.C. y los demás pronunciamientos que en la decisión puedan hacerse carecen de sentido si no van referidos a esa finalidad esencial, y en segundo término, y ya dentro de los límites del presente caso, la coincidencia formal de los presupuestos legales en los que se apoyan las demandas de amparo que iniciaron los recursos 60/1982 y 110/1982, en razón de la cual, y por considerar que originaban en ambos una identidad de causa, acordamos su acumulación, hacen inútil, incluso desde el punto de vista de esos temas colaterales, el mantenimiento artificioso de un recurso sin objeto. Nuestras consideraciones habrán de ceñirse, por tanto, en lo sucesivo, exclusivamente al recurso 60/1982, sin perjuicio de las referencias que, a efectos argumentales, sea indispensable hacer al que con él se acumuló.

#### III. — Problemática de la protección jurisdiccional del derecho a la presunción de inocencia.

##### 1. — Ante la jurisdicción ordinaria.

Tal derecho no surge, ciertamente, con la Constitución. En la exposición de motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; que cumple justamente ahora su centenario, se dice ya que «el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado», y la Ley toda está orientada por el deseo de conjugar este derecho con el que, según palabras de la misma exposición, tiene la sociedad de castigar.

##### 1.1. — Protección judicial.

La protección de los derechos corresponde primordialmente a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales, como es obvio, sólo pueden otorgarla cuando se busca a través de instituciones procesales posibles y adecuadamente utilizadas. El problema con el que aquí nos enfrentamos es el de determinar si las normas que definen estas instituciones pueden seguir siendo interpretadas en los mismos términos en que lo eran antes de ser promulgada la Constitución, aun a riesgo de reducir el número de los «recursos utilizables dentro de la vía judicial», o es necesaria una nueva interpretación de conformidad con la Constitución a fin de llevar al máximo posible la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales a los derechos fundamentales.

##### 1.2. — Reinterpretación de las normas que regulan la casación penal.

Este problema no tiene quizás una solución única, pues, de una parte, la eficacia que al amparo constitucional pueda tener en relación con el ordinario amparo judicial es distinta según el diferente contenido de los derechos fundamentales, y de la otra, no todas las normas procesales tienen el mismo grado de maleabilidad ni son los mismos los riesgos que en distintos supuestos entraña una interpretación distinta de la tradicional. Hemos de reducirnos por ello, como decíamos al comienzo, al concreto problema que plantea la protección jurisdiccional de la presunción de inocencia y, más precisamente a la cuestión de si la protección eficaz de este derecho queda

asegurada con el recurso de amparo ante este Tribunal o exige, en aras de la eficacia, una reinterpretación de las normas que regulan la casación penal, en tanto se produce una disciplina más adecuada de esta institución a través de la cual, como se ha dicho «se vigila la obra del Juez, se asegura el respeto a la Ley y se mantiene la unidad de la jurisprudencia».

Una consideración superficial podría llevar tal vez a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración es, no obstante, claramente engañosa, pues si bien es cierto que este Tribunal no está atado por formalismos de ese género, no lo es menos que, aparte otras muchas consideraciones, carece de las atribuciones que el art. 902 de la L.E.Cr. confiere a la Sala de Casación para dictar sentencia sustitutiva de la anulada, con lo cual sus decisiones estimatorias pueden engendrar en algunos casos consecuencias tan nocivas como las que generaba la infausta institución de la «absolución de la instancia», que hace ya más de cien años quedó expulsada de nuestro Derecho.

La simple posibilidad de estas consecuencias obliga a apurar al máximo las virtualidades del recurso de casación para obtener a través de él la eficaz protección de un derecho fundamental para garantizar que, como quería el legislador de 1882, no se sacrifican jamás los fueros de la inocencia. No es, de otra parte, la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución de las correspondientes normas, como la que de manera encomiable ha efectuado la Sala Segunda del Tribunal Supremo al admitir el recurso de casación que ha fallado con la sentencia de 1 de junio pasado, mencionada en el punto anterior.

### 1.3.— *La violación de la presunción de inocencia como error «in procedendo»*

El último de los motivos de casación que el Auto impugnado rechaza, aducido en sexto lugar en el correspondiente escrito de formalización, es el de infracción de Ley al amparo del apartado 1.º del artículo 849 de la L.E.Cr., por falta de aplicación del último inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 24 de la Constitución (presunción de inocencia). Las razones que llevaron a la inadmisión se reducen, en sustancia, a la de que el precepto constitucional no es precepto penal de carácter sustantivo ni una norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

Aunque expuesta así, sin matizaciones, esta valoración de la norma constitucional puede ser objeto de críticas razonables, es difícil negarle validez en lo fundamental, pues en efecto, el precepto en cuestión no incide directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o las faltas, o sobre la definición de la responsabilidad de los inculcados, sino que impone la necesidad de que esa responsabilidad quede probada. Sin ser en sí misma de carácter procesal, es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, de modo que sólo puede ser violada de manera mediata, a través de una violación del procedimiento establecido y sólo a través del análisis del que en cada caso concreto se haya seguido puede el Tribunal de Casación detectar la infracción. No es ello cosa del todo imposible, pues como evidencia la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio del corriente año, la facultad que el artículo 899 de la L.E.Cr. confiera a la Sala puede ser utilizada eficazmente, como en ese caso ocurrió,

para constatar la existencia de un defecto básico. Es forzoso reconocer, sin embargo, que aceptar que la simple invocación del artículo 24-2 de la Constitución como norma infringida, puede bastar para fundamentar el recurso de casación por infracción de Ley, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 849 de la L.E.Cr. significaría no sólo una interpretación forzada de dicho precepto, sino también una casi total destrucción del control de admisibilidad indispensable en un recurso de esta naturaleza. La conclusión que se impone es por tanto la de que, para que resulte admisible, el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia ha de fundamentarse mediante la referencia a datos concretos que otorguen verosimilitud a la afirmación de que una decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba alguna, pues es esto, y no el modo en que la prueba ha sido valorada, lo que con el recurso de casación se puede tratar de corregir.

Dicho en otros términos, podría afirmarse que la violación del derecho a ser presumido inocente sólo se puede originar en un «error in procedendo». Esta afirmación no puede llevar, no obstante, a la conclusión de que el recurso de casación por quebrantamiento de forma protege hoy suficientemente contra esa violación, pues de un lado el carácter cerrado y casuístico de la enumeración de los motivos de casación por esta causa que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece en su redacción actual no permite incardinar en ellos el quebrantamiento básico, improbable pero no imposible, que implica la total ausencia de pruebas y, del otro, la naturaleza misma de tal quebrantamiento exige un remedio distinto y más enérgico que el que ofrece, para este género de defectos, el artículo 901 bis, a), de la L.E.Cr.

### 1.4.— *Nuevo concepto del «documento auténtico» o a efectos de la casación penal.*

Los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, que igualmente declara inadmisibles el Auto impugnado, son variantes de un mismo razonamiento: el de que en la apreciación de las pruebas ha existido error de hecho. El primero de ellos señala como origen del error el que el fallo no ha tenido en cuenta documentos auténticos entre los que señala las declaraciones de los procesados que figuran en las actuaciones y el acta misma del proceso. El segundo considera que el error se ha producido simplemente por no saber aplicado el juzgador el principio de la presunción de inocencia protegido por la Constitución.

Ambos motivos son rechazados por una doble razón, la de que no se precisan los particulares del documento auténtico que muestran el error de hecho de la resolución impugnada, según exige el artículo 855 de la L.E.Cr. y la de que las declaraciones de los procesados y el acta del juicio oral no tiene el carácter de documentos auténticos capaces de abrir el camino excepcional de un nuevo juicio sobre los elementos fácticos del proceso. Este razonamiento que se ajusta a una línea jurisprudencial bien conocida cierra el paso en este asunto a toda posibilidad de que el Tribunal Supremo rectifique los errores del juzgador de instancia al que se imputa la lesión de un derecho fundamental.

Consecuencia de tanta gravedad sólo puede ser aceptada si efectivamente la norma procesal no es susceptible de ser interpretada en términos más favorables a la protección eficaz de los derechos, y sin duda sí puede serlo. El tenor literal del artículo 849 de la L.E.Cr., apunta, en efecto y sin género de dudas, a aquellos supuestos en los que la existencia o inexistencia de un determinado hecho que el Tribunal sentenciador tuvo por probados resultan negados por un documento auténtico que no se tuvo en cuenta, pero ni im-

plica que la exigencia de que el contenido de este documento sea irrefutable, pues de otro modo no haría la salvedad de su posible desvirtuación, ni impide incluir entre los errores en la apreciación de las pruebas el que arranca de la inexistencia misma de éstas. No obliga ello a que el Tribunal de Casación haga nueva valoración de las existentes, sino a que constate su existencia, a que se verifique que se ha llevado a cabo «una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir por tanto la culpabilidad del procesado», para utilizar la fórmula que emplea la ya citada sentencia de este Tribunal, de 28 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto).

La valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es, sin duda, el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar y como tal puede ser aducido para fundamentar el recurso de casación. Por tratarse, sin embargo, de una verdad «negativa», para utilizar el calificativo que el recurrente emplea en su escrito, no puede ser identificada en los mismos términos que las verdades «positivas» referidas a la existencia o inexistencia de un determinado hecho concreto. Respecto de éstas puede exigirse que se precise de manera inequívoca cuál sea el contenido de verdad y cuál sea el documento auténtico que en concreto invalida la certeza de lo que en la sentencia se tiene por probado. Respecto de aquéllas, por el contrario, sólo cabe requerir que se precise que la presunción de inocencia, que es el punto de arranque obligado de toda causa penal, no ha quedado eliminada por el reconocimiento que el propio inculcado haya hecho de su culpabilidad, ni desvirtuada por la realización de alguna actividad probatoria, cuyos resultados han de ser valorados libremente por el Juzgador de instancia.

La verificación del error alegado sólo puede hacerse mediante el examen de las actuaciones sumariales y de las actas del juicio oral que, efectivamente, si carecen de autenticidad intrínseca o material, pueden considerarse dotadas de autenticidad formal o extrínseca y, en consecuencia, si no pueden ser aducidas para sostener la verdad de las manifestaciones que en ellas se recogen, sí pueden serlo para sostener que se hicieron y sobre todo, y esto es lo decisivo en el caso que aquí nos ocupa, para sostener que no se hicieron las manifestaciones ni se realizaron las actividades que en ella no se incluyen, o de las que ellas no dan cuenta.

El error que el recurrente señala en su escrito de interposición del recurso de casación como particular «no contradicho por ningún otro documento» aparece en él referido al único documento formalmente auténtico al que podría referirlo y suficientemente identificado para hacer posible la actividad casacional. En la medida en que la impide basándose en una interpretación del artículo 849-2 de la L.E.Cr. tradicional y respetable, pero no ajustada a la Constitución en cuanto que no tiene en cuenta la necesidad de garantizar al máximo el derecho a la presunción de inocencia, el Auto de 27 de enero de 1981, viola el derecho del recurrente.

## 2. — Ante la jurisdicción constitucional.

La constitucionalización no es simplemente, sin embargo, la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicado, sino la plena positivación de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (artículo 53-2 de la CE) y su elevación al rango de derecho fundamental de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.

Como derecho fundamental, el de ser presumido inocente mientras la culpabilidad no sea probada es de los encomendados al amparo de este Tribunal, como ya han declarado reiteradas sentencias y muy en especial la de 28 de julio de 1981, dictada en el recurso de amparo 113/81 («Boletín Oficial del Estado» del 13 de agosto). La vulneración de este derecho, como la de cualquier otro de los que consagra la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, sólo puede ser denunciada ante este Tribunal, sin embargo, cuando se han agotado infructuosamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44-1-a) de la L.O.T.C.).

6. — NÚMS. 30 Y 99/1981. SALA I. SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1982.  
MATERIA: CONTRA SENTENCIA DE LA SALA VI. T.S. POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. ESTIMACIÓN PARCIAL. PONENTE: SR. ESCUDERO DEL CORRAL.

### I. — Objeto.

#### 1. — Aplicación de la Ley en igualdad.

El principio de igualdad de los españoles ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución, ha sido considerado por este Tribunal, como límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación objetiva y razonable (sentencia del Pleno del Tribunal de 2 de julio de 1981, «Boletín Oficial del Estado» de 20 de julio, fundamento 3.º; sentencia del Pleno de 10 de noviembre de 1981, «Boletín Oficial del Estado» de 19 de noviembre, fundamento 3.º; sentencia de la Sala Primera número 7/1982, «Boletín Oficial del Estado» de 22 de marzo, fundamento 2.º). Resulta evidente, sin embargo, que la prohibición de discriminaciones arbitrarias opera también en la aplicación de la Ley y, en general, de cualquier norma jurídica, como admite implícitamente la sentencia de la Sala Primera de 10 de julio de 1981, «Boletín Oficial del Estado» de 20 de julio, fundamentos cuarto y quinto.

#### 2. — Desigualdad de hecho.

Para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (como lo es, en el período al que los recurrentes limitan su impugnación, la diferencia de retribuciones entre dos tipos de trabajadores) tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución, por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el artículo 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho. En el entendimiento de los concretos criterios de igualdad que puedan dimanar de las distintas fuentes del derecho de rango legal o subordinado a la Ley, el Tribunal Constitucional ha de tener en cuenta los criterios interpretativos seguidos por los órganos administrativos, y en su caso, judiciales, competentes para la aplicación e interpretación de las respectivas normas, para rechazarlos sólo si son irrazonables, como puede ocurrir en los casos de contradicción. El Tribunal Constitucional puede,

asimismo, hacer uso de los criterios de igualdad obtenidos por los Tribunales ordinarios en la aplicación de las normas para completar su extensión temporal allí donde lo exija la propia dimensión del principio, de lo que constituye un buen ejemplo la sentencia, ya citada, número 7/1982, según se infiere, sobre todo, de su fundamento sexto. Cualquier excepción o limitación temporal del criterio de igualdad ha de tener una justificación razonable, que corresponde al Tribunal Constitucional examinar.

7. — NÚMS. 196/1981. SALA I. SENTENCIA DE 2 JULIO 1982. MATERIA: INFRACCIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL. DESESTIMACIÓN. PONENTE: SR. DÍEZ DE VELASCO.

#### I. — *Subsanación falta de postulación.*

La Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal acordó notificar al recurrente, el día 15 de julio de 1981, a la vista del escrito presentado, la causa de inadmisibilidad de falta de postulación, según lo previsto en el artículo 81, número 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (L.O.T.C.), advirtiéndole que subsanado dicho defecto se pasaría al trámite de inadmisión por la posible existencia de los siguientes motivos: 1) falta de agotamiento de la vía judicial previa, y 2) no haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado.

#### II. — *Inadmisión por incumplimiento art. 49-b) L.O.T.C. (subsanación).*

Notificar al solicitante que concurría la causa de inadmisión prevista en el artículo 49, número 2, b), de la L.O.T.C., al no existir copia, certificación o traslado de la resolución judicial recaída en el procedimiento, que fue presentada, en virtud del requerimiento efectuado.

#### III. — *Incidente de suspensión (denegación).*

Formada la pieza separada para tramitar el incidente de suspensión, la Sala Primera por Auto de 3 de febrero de 1982 acordó la denegación de la suspensión solicitada fundamentada en la reconducción del recurso de amparo a la eventual concurrencia de una posible dilación indebida en el proceso penal que se sigue al recurrente, ello sin tener que afectar a las medidas cautelares adoptadas durante aquél, salvo que el T.C. llegue a apreciar en ellas una vulneración constitucional que requiriese de urgente y provisional remedio.

#### IV. — *Límites de la sentencia de amparo contra decisiones judiciales (art. 54 L.O.T.C.).*

En un supuesto como el presente en que se impugna un acto de órganos judiciales, corresponde a éstos la tutela de los derechos y libertades por imperativo de la vinculación general prevista en el artículo 53, número 1, de la C. E., como ha indicado este T. C. en su sentencia de 29 de enero de 1982 (Recurso de amparo número 41/81, «Boletín Oficial del Estado», de 26 de febrero de 1982), al tratarse de una posible vulneración del artículo 17 en relación con el artículo 24, número 2, de la C. E. La decisión del T. C., como es

sabido, ha de circunscribirse a determinar si existe vulneración de los derechos y libertades y, en su caso, preservarlos o restablecerlos absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales en virtud de lo prescrito en el artículo 54 de la L.O.T.C.

#### V. — *Naturaleza y requisitos de la prisión provisional.*

La institución de la prisión provisional situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano por otro viene delimitada en el texto de la C. E. por las afirmaciones contenidas en: a) el artículo 1, número 1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que «propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; b) en la sección primera, capítulo 2.º, del título I, el artículo 17, número 1, en que se establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», y, c) en el artículo 24, número 2, que dispone que todos tienen derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas... y a la presunción de inocencia».

El mandato constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad encuentra sus precedentes en las Constituciones españolas de 1812 (artículo 290), de 1837 (artículo 7), de 1845 (artículo 7), de 1869 (artículo 2), de 1873 (artículo 4), de 1876 (artículo 4) y de 1931 (artículo 29), y en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 9), Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (artículo 5) y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 9). Todos los textos —internos e internacionales— valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad y en lógica coherencia con el mandato constitucional español reseñado, al consistir la prisión provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar y adoptada mediante resolución judicial motivada que consta, de modo expreso, en las actuaciones judiciales objeto de examen en el presente caso, aun dentro de la provisionalidad inherente al auto de procesamiento y al escrito de calificación del Ministerio Fiscal que también reviste este carácter.

#### VI. — *Concurrencia de los requisitos.*

Concurren en el caso examinado los tres supuestos determinantes de la prisión provisional, al constar en la causa, de conformidad con el artículo 503 de la L.E.C. (en la redacción dada por Ley 16/80, de 22 de abril; «Boletín Oficial del Estado» núm. 101, de 26 de abril de 1980): a) la existencia de un hecho que presenta caracteres de delito (calificado provisionalmente por el Ministerio Fiscal como constitutivo de un delito contra la salud pública, otro de tenencia ilícita de armas de fuego y otro de conducción ilegal); b) la pena señalada es superior a la de arresto mayor, y c) aparecen en la causa, sin prejuzgar la resolución judicial penal, motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona del recurrente contra la que, con fecha 25 de abril de 1980, se dictó auto de prisión.

La disposición del artículo 503 de la L.E.C., cuya aplicación al caso presente está justificada, no debe en su aplicación desvirtuar el contenido de la institución de la prisión preventiva que, como precisa en su artículo 9, núm. 3,

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «no debe ser la regla general» para las personas que hayan de ser juzgadas. Por otra parte, y en apoyo de esta tesis, la Resolución 11 (65) del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional, y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.

#### VII. — Plazo máximo de duración.

Por otra parte, es lógico que, por su estrecha conexión con los Derechos Fundamentales en la C. E. (artículo 17, número 4) se aluda expresamente al plazo máximo de duración de la prisión provisional y que éste se determinará por Ley. Esto es lo que se ha tenido en cuenta en la nueva redacción del artículo 504 de la L.E.C., al mandar expresamente que «en ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado», lo que se complementa con el artículo 520 de la misma Ley al prescribir que la libertad no debe restringirse, «sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa».

No existiendo límite mínimo en relación al tiempo que debe mantenerse a una persona en situación de preso provisional, ello implica la posibilidad de que, respetando las normas constitucionales, legales y de carácter internacional, esta situación subsista si se pone de manifiesto que los hechos por los que se procede, en los que no entra a conocer este Tribunal, son constitutivos de delito, no teniendo asignada una sanción penal inferior a la que fija la Ley para que proceda la prisión provisional y mientras subsistan los motivos que la hayan ocasionado, en coherencia con el artículo 528, núm. 1, y 504 de la L.E.C., regla ciertamente útil para el cumplimiento del mandato constitucional.

#### VIII. — Razonabilidad del plazo.

Finalmente, el artículo 5, número 3, del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950, que el recurrente considera infringido, parte de que toda persona detenida preventivamente tiene derecho a ser juzgada en un plazo «razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento». La aplicación e interpretación que de dicho precepto ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos centra la cuestión en la delimitación del plazo de detención dentro de los límites de lo razonable. En el caso Neumeister el Tribunal afirmó que «compete a las autoridades judiciales nacionales investigar todas las circunstancias para apreciar o descartar la existencia de un verdadero interés público que justifique una derogación a la regla del respeto a la libertad individual» (C.E.D.H. Affaire «Neumeister», arrêt du 27 juin 1968, série A: Arrêts et décisions, p. 37). En este sentido el mismo Tribunal en el caso Wemhoff afirmaba que «este carácter razonable del mantenimiento de la detención de un acusado debe apreciarse, en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa» (C.E.-D.H.) Affaire «Wemhoff», arrêt du 27 juin 1968, série A: Arrêts et décisions, p. 24).

Descendiendo en particular a nuestro caso concreto y examinando si desde que se produjo la detención de D.A.B.C., el plazo transcurrido ha superado los límites razonables, hay que concluir que, dadas las circunstancias con-

currentes en el procesado y en las actuaciones procesales dilatorias señaladas en el antecedente 6.º, no ha habido vulneración por parte de la autoridad judicial de los artículos 17 y 24, número 2, así como del artículo 5, número 3, del Convenio para la Protección.

8. — NÚM. 366/81. SALA II. SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1982. MATERIA: VULNERACIÓN ART. 24 POR INDEFENSIÓN. (DENEGACIÓN ADMISIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE UN JUZGADO DE PELIGROSIDAD.) ESTIMACIÓN. PONENTE: SR. RUBIO LLORENTE.

#### I. — Antecedentes.

##### 1. — El caso.

Por sentencia de 18 de septiembre de 1981, recaída en el expediente 149/81, en el que estuvo representado y defendido de oficio por doña Ana Vallés Varela y doña Victoria Vicente Ribalta, respectivamente, el Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social de Zaragoza declaró al Sr. X, Y, Z, en estado peligroso, ordenó su internamiento en establecimiento de trabajo por tiempo superior a seis meses e inferior a un año, y le impuso la prohibición sucesiva de residir en Zaragoza y su provincia por igual tiempo. Al notificarse tal sentencia, el 28 de septiembre, al Sr. X, Y, Z, internado en ese momento en el Centro de Cumplimiento y Diligencias de Córdoba, fue advertido de la posibilidad de recurrir en apelación contra ella en el plazo de tres días. Haciendo uso de tal posibilidad, el Sr. X, Y, Z, ... quien, según afirma, no tenía posibilidad de ponerse en contacto con su defensor de oficio, cuyo domicilio ignoraba y con el cual no había podido entrevistarse jamás, redactó por sí mismo un escrito, que obra en autos, en el que apela de la sentencia, escrito que la Dirección del Centro remitió el día 30 de septiembre, al Juzgado sentenciador.

Mediante Auto de 5 de octubre, este Juzgado deniega la admisión del recurso en cuanto que no habiéndose formulado éste mediante Procurador y con asistencia de Letrado, no se ha efectuado en forma legal.

##### 2. — Apoyo del M.F.

El Ministerio Fiscal, por su parte, en su escrito de alegaciones, expone detalladamente las razones por las que, a su juicio, debe entenderse producida una vulneración del artículo 24 C. E., cuyo remedio exige la concesión del amparo, que por eso solicita. Sostiene, en efecto, que si bien el derecho a la justicia gratuita que la Constitución (artículo 119) consagra, no es de los protegidos por el amparo constitucional, ello no implica que no quepa acudir a esta vía en aquellas cuestiones en las que el fundamento principal de la reclamación sea «el tema de la asistencia jurídica». «La rigurosidad de las normas procesales que establecen la necesidad de asistencia de Abogado y Procurador, de aplicarse indiscriminadamente y con espíritu rituario y formalista, podría conducir», afirma, «a situaciones efectivas de indefensión, contempladas desvalorativamente por el artículo 24 C. E., e incluso discriminatorias, en los términos resultantes del artículo 14, en cuanto que la falta de medios económicos se convierte en factor significativo diferenciador para el ejercicio de los derechos, y defensa de los intereses legítimos».

Recuerda que, según doctrina de este Tribunal (Sentencia de 23 de julio de 1981 en RA. 46/81; Cf. «Boletín Oficial del Estado» núm. 193, de 13 de agosto de 1981. Suplemento), la existencia de indefensión debe apreciarse en cada instancia y puede producirse, entre otros supuestos, «cuando se priva de la posibilidad efectiva de la dirección de Letrado a quien carece de medios económicos, como puede suceder si no se suspende el procedimiento hasta que le sea nombrado de oficio».

En el presente caso, agrega el Ministerio Fiscal, hay que resaltar que el hoy recurrente dejó clara su voluntad de apelar contra la Sentencia que le condenaba, presentando un escrito razonado y dentro del plazo legal establecido al efecto, pues la fecha que a este respecto hay que tener en cuenta es la de presentación del escrito ante el órgano del Estado al que el interesado en sus circunstancias de falta de libertad, puede acudir (Sentencia de 24 de julio de 1981, en RA. 25/1981; Cf. «Boletín Oficial del Estado», núm. 193, de 13 de agosto de 1981. Suplemento).

## II. — El derecho a la asistencia de Letrado (art. 24 C.).

Entre los derechos que garantiza el apartado 2.º del artículo 24 de la Constitución, cuyo sentido general obliga a considerarlo referido fundamentalmente al proceso penal, está el de la «asistencia de Letrado». No se trata, ciertamente, de un derecho que haya sido incorporado al ordenamiento por nuestra Constitución, pues nuestro Derecho, como el de los otros pueblos, lo conocía ya de antaño. En su regulación tradicional es fácil percibir la conexión existente entre este derecho y la institución misma del proceso, cuya importancia decisiva para la existencia del Estado de Derecho es innecesario subrayar; en razón de tal conexión, la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial (artículos 118 y 860 L.E.Cr.) para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado. Esta regulación tradicional responde a la concepción también tradicional del Estado de Derecho, en la que éste se entiende realizado con el mero aseguramiento formal de los derechos fundamentales. En cuanto esta concepción tradicional del Estado de Derecho no agota la noción de Estado Social de Derecho que incorpora nuestra Constitución, es evidente que las normas existentes sobre existencia letrada han de ser reinterpretadas de conformidad con esta última y completadas. La idea del Estado Social de Derecho (artículo 1.1 C. E.) y el mandato genérico del artículo 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias que desgraciadamente han quedado muy de relieve en el presente caso.

El hecho de que la organización, esto es, la garantía material, sea deficiente, no anula ni debilita, sin embargo, la existencia del derecho, que como los demás enunciados en el artículo 24 está garantizado por el recurso de amparo constitucional con el alcance con el que la ley lo regula y, por tanto, cuando así está legalmente establecido, también en su gratuidad.

No es, sin embargo, una violación del derecho a la asistencia letrada lo que al acto impugnado se imputa, sino más bien el que, tomando pie de la falta de ejercicio temporáneo de este derecho o, más precisamente, de su falta del *ius postulandi*, se ha negado al recurrente la posibilidad de recurrir, vulnerando con ello su derecho «a la defensa y tutela judicial», según reza la demanda o produciendo una situación efectiva de indefensión, en los términos empleados por el Ministerio Fiscal, que utiliza la expresión en su sen-

tido más amplio, como inclusiva de cualquier violación del artículo 24 de la Constitución, al cual se refiere también globalmente el recurrente en su escrito inicial.

El análisis de la cuestión a la que hemos de dar respuesta, en la forma planteada al término del fundamento anterior, no ofrece especial dificultad, pues ni la naturaleza propia del derecho fundamental a ser asistido de Letrado permite que se le dé el tratamiento de una carga procesal, cuyo incumplimiento invalida la actuación de la parte, ni las normas legales que el Juzgado de Peligrosidad Social de Zaragoza habría de aplicar imponen una decisión como la adoptada. Es claro que aunque así fuera, el órgano judicial hubiera debido eludirla, si la consideraba contraria a la Constitución, utilizando para ello las vías que el ordenamiento le ofrece, pero, como antes se indica, tampoco en este caso es esto necesario, pues no hay dificultad alguna para interpretar de conformidad con la Constitución las normas a aplicar.

La asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación de Procurador) un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aún así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso.

Por lo demás, y como antes también se señalaba, las normas aplicables al caso son, no sólo perfectamente compatibles con esta doctrina derivada de la Constitución, sino difícilmente susceptibles de ser interpretadas en sentido distinto. Como señala el Ministerio Fiscal, en efecto, la propia Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social prevé (artículo 22) que la Sala especial que haya de conocer del recurso de apelación designará, cuando sea preciso, Abogado y Procurador. Este precepto quizá permite considerar, como el Ministerio Fiscal insinúa, que también el Juez puede proceder a estos nombramientos para no dar lugar a lo que califica de «situación paradójica» por el contraste que de otro modo se produciría entre esta situación y la prevista en el artículo 17 de la misma Ley. En todo caso y sin género de dudas, obliga a entender que la admisión del recurso no ha podido ser denegada, como en este caso, por la falta de Abogado y Procurador, pues de otro modo, como es obvio, no surgiría la necesidad de nombrarlos, sino sólo, si acaso, la de sustituirlos. Aun sin entrar en este género de consideraciones y de las que, en sentido análogo, cabría hacer a partir de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 118), supletoria de la Peligrosidad y Rehabilitación Social, sí conviene subrayar, para concluir, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta, consagra (artículo 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (Cf. «Boletín Oficial del Estado» núm. 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el

sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento.

9.— NÚM. 43/1982. SALA II. SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1982. MATERIA: CONTRA O. M. Y SENTENCIA SALA V T.S. SOBRE RETIRO PREMATURO. DESESTIMACIÓN. PONENTE: SR. TOMÁS VALIENTE.

### I.— *Subsanabilidad.*

El Tribunal, por providencia de 24 de septiembre, acordó poner de manifiesto al solicitante la existencia de cuatro posibles causas de inadmisibilidad, la primera de las cuales era la falta de Procurador y de asistencia de Letrado. Como el solicitante, por escrito de 29 de octubre, pidió que se le nombraran de oficio, la Sección Tercera de este Tribunal procedió a poner dicha solicitud en conocimiento del Consejo General de la Abogacía y del Colegio de Procuradores para que efectuasen los nombramientos correspondientes, que recayeron en doña María Josefa Millán Valero como Procuradora, y en el Letrado don José Ignacio Sáinz Orbeagozo, pero éste, una vez conocidas las actuaciones, se excusó de la defensa por encontrar insostenibles las pretensiones deducidas por el recurrente, según declara en su escrito de 7 de enero de 1981. Como quiera que el recurrente reiteró su petición de que se le nombrase un segundo defensor de oficio, la Sección acordó que pasaran los autos al Consejo General de la Abogacía para dar cumplimiento a los artículos 45 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Habiendo recaído, a 11 de junio de 1981, el nuevo nombramiento en turno de oficio sobre el Letrado don Juan José Ruiz Castillo Polo, la Sección, por providencia de 26 de junio, ordenó que se le diera vista de las actuaciones y le otorgó un plazo de diez días para que alegase respecto a las posibles causas de inadmisibilidad señaladas en la providencia de 24 de septiembre de 1980. El escrito de alegaciones del recurrente (el del Ministerio Fiscal sobre admisión había sido presentado el 10 de octubre de 1980), se presentó el 17 de julio de 1981, pero, interpuesto directamente por el Letrado y sin firma del Procurador, fue necesario abrir un nuevo trámite para que la Procuradora del recurrente suscribiera e hiciera suyo, como lo hizo, el 14 de octubre, el escrito de alegaciones en el trámite de admisión. Presentado formalmente el escrito de demanda a 16 de diciembre, la Sección acordó tenerla por interpuesta, pero no habiéndose presentado junto con ella los documentos acreditativos de la resolución recaída en el precedente procedimiento administrativo ni la sentencia judicial correspondiente, otorgó un plazo a la representación del recurrente para que la amparo del artículo 85.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional subsanara la falta de dicha documentación por ser ésta preceptiva a tenor del artículo 49.2-b) de la L.O.T.C. El 10 de febrero de 1982 dirigió el recurrente nuevo escrito al Tribunal acompañándolo con sendas copias del recurso de reposición en vía administrativa, del posterior contencioso-administrativo y de la sentencia recaída en éste, por lo que la Sección, con fecha 24 de febrero, acordó admitir a trámite la demanda y pedir al Presidente del Tribunal Supremo la remisión de las actuaciones que dieron lugar al recurso 579/59, y al Ministerio del Interior el envío del expediente promovido, en su día, por el señor Gorostiza. Recibido el expediente con certificación incorporada de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1960, la Sección, por providencia de 21 de abril, acordó acusar

recibo del mismo y abrir el trámite del artículo 52 de la L.O.T.C. para que el recurrente, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, a la vista de las actuaciones, pudiesen formular sus respectivas alegaciones sobre el fondo del asunto. Presentadas dentro de plazo las del Ministerio Fiscal y las del Abogado del Estado, el Secretario de Justicia, por diligencia de 25 de mayo de 1982, hizo constar que el recurrente no había presentado las suyas.

### II.— *La no retroactividad en grado máximo de la Constitución.*

El pedimento principal de la demanda de amparo consiste en que este Tribunal anule la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1960 y que declare que la edad de jubilación del recurrente «debió establecerse a los cincuenta y ocho años». Dejando al margen el problema de si la presunta violación de sus derechos constitucionales (única materia objeto del proceso de amparo constitucional) tuvo su origen directo e inmediato en la resolución judicial impugnada (artículo 44 L.O.T.C.) o si, por el contrario, hubiera debido en todo caso imputarse a la resolución de la Dirección General de Seguridad de 26 de febrero de 1959 que dispuso el retiro de don Daniel Gorostiza Sanzo, lo cierto es que el *petitum* que éste nos dirige implica necesariamente la aplicación retroactiva de la Constitución española de 1978, en concreto de su artículo 14. Ahora bien, sabido es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (artículo 2.3 del Código Civil) y que la Disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor «el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado», sin que ni en esta cláusula final ni en ningún otro pasaje del texto constitucional exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el artículo 14, cuya aplicación se pretende en este caso. Es cierto, sin embargo, que el inciso final de la disposición transitoria 2.ª, 1, de la L.O.T.C. permite una débil eficacia retroactiva de la Constitución en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que «no hubieran agotado sus efectos». Pero lo que aquí se nos solicita implica una retroactividad del tipo de la que la doctrina ha calificado como «retroactividad en grado máximo», esto es, aquella que exigiría la aplicación retroactiva de una norma, en el presente caso el artículo 14 de la Constitución, a una relación jurídica básica y a sus efectos sin tener en cuenta que aquélla fue creada y éstos ejecutados bajo el imperio de la legalidad anterior, pues aunque algunos de éstos no se hayan aún agotado, lo que se nos pide es la anulación de la sentencia que confirmó el retiro del recurrente a sus cincuenta y un años, y una retroactividad de esta intensidad no tiene base en ningún precepto constitucional y no podría tenerla, puesto que la aplicación de la Constitución al pasado en los términos solicitados por el recurrente iría contra la misma seguridad jurídica que su artículo 9.3 garantiza. Sólo el Legislador ordinario por la vía de la legislación de amnistía ha querido y podido resolver o reparar determinadas situaciones producidas al amparo del régimen político anterior, pero tal legislación ni ha sido aquí invocada ni guarda relación con el caso presente, en el cual lo que se nos pide es la aplicación retroactiva del artículo 14 de la Constitución, y como ésta no es posible por no estar permitida por la misma Constitución, la pretensión del recurrente ha de ser desestimada.

10. — NÚM. 419/1981. SALA II. SENTENCIA: DE 12 JULIO DE 1982. MATERIA: CONTRA AUTOS DE AUDIENCIA PROVINCIAL. ESTIMACIÓN. PONENTE: SR. FERNÁNDEZ VIAGAS.

### I. — Antecedentes.

En su fundamentación jurídica, el demandante entendía infringido el párrafo primero del artículo 24 de la Constitución y solicitaba el amparo de este Tribunal a fin de que en las diligencias citadas se agotaran los medios de investigación convenientes a las averiguaciones de las personas autoras o impresoras y que en su día se dictara sentencia en el sentido expresado.

### II. — Admisión.

Por providencia de 28 de enero del corriente año se tuvo por personado al Procurador haciéndole saber la posible existencia de las siguientes causas de inadmisibilidad: No invocación en el proceso del derecho constitucional vulnerado y carecer la demanda de contenido constitucional, por lo que se otorgaba un plazo común de diez días al solicitante y al Fiscal para alegaciones.

En dicho plazo, el demandante, después de reiterar sucintamente la relación de hechos, que ya se había efectuado en la demanda, indicaba que no hubo posibilidad de que la parte conociera la violación del derecho constitucional hasta el momento en que se le denegaron las pruebas; respecto al contenido de la demanda es preciso observar que el demandante es la parte interesada en el procedimiento penal y parte en el procedimiento y que, por tanto, tratándose de delito de calumnia e injuria, no importa que sea simple denunciante, puesto que, en el supuesto de la Ley de libertad de expresión de 1 de abril de 1977, se confunde con el concepto de demandante y, al dejarla indefensa se han violado los derechos constitucionales.

El señor Fiscal, despachando igual trámite, estima que se dio cumplimiento al requisito de denuncia de la violación de los derechos constitucionales y que la posible infracción de lo dispuesto en el artículo 50.2-b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aparece desvirtuada, ya que el hoy recurrente invoca un indudable interés legítimo, al amparo del artículo 162.1-b) de la Constitución, además de que el recurrente en su momento se manifestó parte en un proceso penal; todo lo cual hacía concluir en la pertinencia de admitir a trámite la demanda de amparo.

Por providencia de 24 de febrero la Sección Tercera acordó unir los escritos de que se ha hecho referencia admitiendo a trámite el recurso de amparo.

### III. — Significación de «entrar a conocer de los hechos» (art. 44).

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al desarrollar, en el capítulo I del título 3.º la normativa referente a la procedencia e imposición del recurso de amparo constitucional, dedica el artículo 44 a las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. Pues bien, tales violaciones pueden dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos de haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado y, por otra parte, el citado precepto exige que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato o directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos

que dieron lugar al proceso, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. Es decir, que tales hechos están excluidos de la justicialidad del Tribunal. Mas, como se ha hecho observar autorizadamente, la prohibición de «conocer» de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la atribución de competencia. No se trata de prohibición de conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que pueden resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución. Por otra parte, la violación de los derechos y libertades que el recurso intenta remediar puede ser originada tanto por aplicación de una ley inconstitucional o norma ilegal o inaplicable al caso, como de la aplicación errónea de la norma adecuada.

### III. — Contenido del art. 24 (acceso y garantías procesales).

El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas «garantías procesales» —así el derecho al Juez ordinario preterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia—, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo segura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.2, también asegura la «tutela efectiva», pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso.

### IV. — Concepto de indefensión.

Cierto es que, como ha dicho este Tribunal, la indefensión no puede basarse en el simple hecho de que el actor disienta de la decisión judicial, ya que ésta no consiste en que los Tribunales accedan a la pretensión formulada, sino a que la atiendan adecuadamente, de suerte que los ciudadanos tienen derecho a ser oídos y a una decisión fundada en derecho, es decir, en ley que, además de ser constitucional, sea la adecuada al caso y esté correctamente aplicada desde el punto de vista constitucional. De la misma suerte que, cuando el proceso termina en sentencia, no puede inferirse que se haya producido indefensión por el hecho de que la parte recurrente no haya obtenido los bienes jurídicos que pretendía deducir del fallo, tampoco se puede impugnar constitucionalmente la resolución judicial por el hecho de que, en actuaciones de naturaleza penal, se produzca una resolución de sobreseimiento, siempre que se hayan respetado las garantías procesales que incluye el agotar los medios de investigación procedentes.

### V. — Concepto de «parte» a los efectos del amparo contra actos judiciales.

Si bien el artículo 46-b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional legitima para interponer el recurso de amparo, entre otros, a «quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente», ya este Tribunal ha interpretado que el precepto debe aplicarse extensivamente a quienes, sin obtener

lo del órgano judicial, han pretendido razonablemente ser parte y esta consideración es la que nos llevó, en su momento procesal, a admitir a trámite la demanda.

#### VI.— Interpretación de la «denuncia» prevista en la Ley 62/1978.

La disposición legal aplicable al caso es la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, cuyo ámbito fue ampliado por el Real Decreto 342/79, de 20 de febrero. Su artículo 4.1 dispone que, en los casos de delito de calumnia e injuria y, concretamente, en los que se refiere al artículo 463 del Código Penal (propagación, entre otros supuestos, por medio de papeles impresos) «basta denuncia de la persona agraviada...» para que el órgano judicial correspondiente proceda a la apertura del procedimiento debido, lo cual equivale a convertir los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de la imprenta en delitos cuasi públicos, y al denunciante interesado en la persecución de los mismos en una figura cercana al querellante. Por lo demás, la denuncia concierne a la exposición de los hechos sin que implique necesariamente la calificación legal de los mismos por el presunto agraviado que ni siquiera es exigible en la querrela; pero la intención del recurrente era inequívoca al remitirse al artículo 4.º del Real Decreto-ley 1 de abril de 1977 que regulaba —como lo hace ahora el correlativo de la Ley 62/78 de 26 de diciembre— el procedimiento en los delitos de injuria y calumnia.

Esta intencionalidad fue de nuevo explícita en diversos momentos, especialmente al recurrir contra las providencias por las que se denegaba la práctica de las pruebas solicitadas. Es cierto que la referencia que conjuntamente se hace a delitos distintos e incluso de distinto género en cuanto a su perseguibilidad puede haber originado alguna confusión, pero la denuncia consiste en la mera *notitia criminis* y en las manifestaciones del denunciante, tanto a través de sus representantes como cuando directamente comparece, hay alusiones sobradas a la existencia de escritos tenidos por injuriosos.

#### VOTO DISIDENTE DEL SR. AROZAMENA

#### VII.— No se ha violado el derecho constitucional al proceso debido.

La discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala, que expreso con profundo respeto, arranca de que, tratándose de controlar si se ha violado el derecho constitucional al proceso debido, y dejando de lado los obstáculos que la propia conducta de la defensa del ahora recurrente significó, desde su ambigüedad, a la clara e inequívoca instrucción por hechos que pudieran ser constitutivos de injurias o de calumnias, es capital que el archivo decretado de las diligencias previas, seguidas respecto de un hipotético delito de imprenta dejó a salvo las acciones —con expresa manifestación al respecto— para la persecución del supuesto delito de injurias, o el de calumnia, si ésta fuera la calificación. Como las diligencias se siguieron por el delito de imprenta, y en su curso se exteriorizó un delito que precisa, para su persecución, la correspondiente denuncia, entendió la Autoridad Judicial que era menester el cumplimiento previo de este presupuesto de procedibilidad, y dejó abierto al ofendido que creara los presupuestos para poner en marcha el procedimiento judicial, en el que, pudiera, además, si convenía a su derecho, mos-

trarse parte. Si, dejando el camino fácil de iniciar el procedimiento penal para perseguir los delitos de injuria o calumnias, se acude a este Tribunal Constitucional para impetrar el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional, la respuesta, según opino, es que no se ha negado al recurrente el acceso al proceso, pues las resoluciones judiciales hacen expresa reserva de su derecho. Se trata, ciertamente, de un derecho que la Constitución reconoce (artículo 24.1) y que, sin restricciones contrarias al sentido y objeto del precepto que lo establece, debe ser proclamado y defendido por los Tribunales y, en la sede constitucional, por este Tribunal. Garantiza el artículo 24.1 el derecho de acceso a los Tribunales a toda persona necesitada de la acción relativa a la defensa de sus derechos y, entre ellos, el derecho al honor. Pero no podrá recabarse la protección constitucional cuando el proceso está abierto y dependiente su utilización de un acto de voluntad de quien pide el amparo, cual es la denuncia, como presupuesto de procedibilidad en los casos de delitos de injuria o calumnia, sometidos al procedimiento que dice el artículo 4.º (y en lo menester el 3.º) de la Ley 62/1978. El bien tutelado por el artículo 24.1, cual es que toda persona pueda plantear en sede jurisdiccional la defensa de sus derechos o intereses legítimos, y su causa sea decidida en el proceso debido, no ha sido violado.

#### VOTO DISIDENTE DEL SR. DIEZ PICAZO

#### VIII.— Alcance de la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Mi opinión personal es que en los términos antedichos no es posible encontrar una violación del artículo 24 de la Constitución. Se podrá, si se quiere, plantear un problema de Derecho procesal ordinario y de interpretación de las reglas procesales. Se puede discutir si la Audiencia de Santander tuvo o no tuvo en cuenta que en virtud de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales los delitos de injuria y calumnia pueden ser perseguidos en virtud de simple denuncia, cuando se han cometido por medio de la imprenta. Se puede discutir si ello los transforma de delitos privados en delitos semipúblicos. Igualmente puede resultar cuestionable en qué momento tal denuncia ha de presentarse. Lo que a mi juicio resulta evidente es que ni el Juzgado de Instrucción ni la Audiencia de Santander han obstaculizado al demandante del amparo su derecho al acceso a la jurisdicción y su derecho al proceso, pues la resolución, que ahora impugna, mandó archivar unas diligencias previas y le hizo expresa reserva de su derecho, advirtiéndole que en el momento en que ejercite la acción penal el proceso se tramitará.

Asimismo, debe, en mi opinión, destacarse que si bien a partir de la Ley de Protección de Derechos Jurisdiccionales la persecución de los delitos de injuria y calumnia cometidos mediante la imprenta, no precisa de querrela en sentido técnico, sino que basta una denuncia, es, asimismo, claro que tal denuncia debe contener, cuando menos, la manifestación relativa a la lesión del derecho, la comunicación de los hechos en que tal lesión consiste y la voluntad de que se persigan, sin que ninguno de estos extremos pueda resultar de un comportamiento tácito u omisivo. La denuncia de don Justo de las Cuevas no contiene más *notitia criminis* que la relativa a un impreso clandestino y no la vulneración de su derecho al honor. Precisamente por eso abrieron unas diligencias preliminares o previas, que no hubieran podido seguirse en caso de tratarse de un delito de injuria. Y no aparece lícito que quien

consintió esas diligencias, porque compareció en ellas, trate de transformar después su situación procesal alegando la injuria y la calumnia; y menos todavía que pretenda una violación de la Constitución cuando el Tribunal, que archivó ese expediente, le dejó de manera expresa libre la vía para que el proceso por injuria o calumnia se abra y se siga mediante el ejercicio de la acción penal.

11. — NÚMS. 55/1982. SALA II. SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1982. MATERIA: SOBRE DENEGACIÓN DE RECUSACIONES A MAGISTRADOS DEL T.S. P. ESTIMACIÓN. PONENTE: SR. DíEZ PICAZO.

*I. — Significación de la invocación formal del derecho constitucional vulnerado.*

El artículo 44 de la Ley Orgánica de este Tribunal, en su apartado 1-c), exige como requisito del recurso de amparo que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello y esta exigencia legal tiene por objeto permitir que los órganos jurisdiccionales puedan eludir o, en su caso, corregir la lesión del derecho fundamental, pues, aunque es un principio del derecho el cristalizado en la máxima «iura novit curia», lo es también que el titular del derecho debe facilitar su protección. Sin embargo, del hecho de que el artículo 44.1-c) hable de una invocación formal del derecho, no se desprende que para entender cumplido el requisito legal haya de llenarse un determinado formalismo, pues el recurso de amparo no puede estar rodeado de más exigencias formales que aquellas que requiera su recto funcionamiento y, como ha dicho este Tribunal, el precepto mencionado ha de interpretarse con criterio finalista, de manera que no debe tratarse de la invocación numérica de un artículo del texto fundamental, sino del derecho cuya violación se pretende cometida y en este sentido no puede ponerse en duda que el actual demandante del amparo ha esgrimido su derecho a la defensa.

*II. — La recusación no puede rechazarse sin otro examen que el preliminar cuando lo que debe dilucidarse es la pretensión de fondo.*

Hay que subrayar desde ahora que, como bien dice el Ministerio Fiscal, el tema que a este Tribunal corresponde considerar en esta sentencia, es exclusivamente el de carácter procesal que suscita la inadmisión «in limine» del escrito de recusación producida en el Auto de 24 de diciembre de 1981 y reafirmada en el de 13 de enero del año en curso, de manera tal que queda por completo al margen del conocimiento de este Tribunal, por ser materia extraña a su jurisdicción, al enjuiciar la real concurrencia o falta de concurrencia de la causa de la recusación alegada, así como la interpretación de las normas a través de las cuales define la ley las causas de recusación. Lo único que a este Tribunal compete es examinar si formulada una recusación, puede ésta rechazarse sin otro examen que el preliminar o si debe sustanciarse la pretensión en la correspondiente pieza separada y mediante el oportuno incidente y, sobre todo, si ello forma o no parte del cuadro del derecho a la tutela jurisdiccional que consagra el artículo 24 de la Constitución.

El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del Juez entroncan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la Jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad.

De esta suerte, hay que señalar que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la Ley, comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad. El derecho a formular la recusación, comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la ley defiera el examen de la cuestión. Ello no quiere decir, por supuesto, que la propuesta de recusación no pueda rechazarse de plano en el momento preliminar, pero tal decisión tiene un carácter muy excepcional y sólo puede adoptarse cuando la recusación sea propuesta por quien no es parte en el proceso, porque es principio general que sólo las partes legítimas puedan recusar, aunque naturalmente deba comprenderse en tal concepto a aquellos que tengan derecho a ser parte una vez que se personen en el proceso y cuando falta el presupuesto de admisibilidad consistente en la expresión de la causa comprendida en la Ley, con relación de los hechos en que la parte funde su afirmación.

De esta suerte, si bien el rechazo preliminar de la recusación al amparo del artículo 59 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento, no puede, en cambio, llevarse a cabo, en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa, respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente. En tales casos, para que el justiciable disfrute de las garantías que el artículo 24 de la Constitución le reconoce, debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de Juiciamiento Criminal, formarse la pieza separada y sustanciarse la cuestión propuesta.

## SECCION RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. — NÚM. 208/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 4/1981, DE 18 DE MARZO, SOBRE DESIGNACIÓN DE «SENADORES REPRESENTANTES DE EUSKADI». DESESTIMACIÓN DEL RECURSO. PONENTE: D. ANTONIO TRUYOL SERRA (\*).
2. — NÚM. 221/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 13.2 Y DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA, APARTADO 1.º, DE LA LEY DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, NÚM. 3/81, DE 22 DE ABRIL, SOBRE BIBLIOTECAS. ESTIMACIÓN DEL RECURSO. PONENTE: D. RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT (\*).
3. — NÚM. 234/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1982. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA 4/1981, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO. PONENTE: D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE (\*).
4. — NÚM. 242/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1982. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 6/1981, DE 19 JUNIO, DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, REGULADORA DEL CONSEJO ASESOR DE RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA EN CATALUÑA, EN SUS ARTS. 1.º-2, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º, 10, 11 Y DISPOSICIONES ADICIONAL Y TRANSITORIA SEGUNDA. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. ANTONIO TRUYOL SERRA.

I. — *Criterios para la delimitación del marco constitucional (inclusión de las denominadas normas interpuestas).*

Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el «bloque de constitucionalidad» que ha de servir de base para enjuiciar la Ley impugnada, hay que partir del hecho de que la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que éstos determinen las competencias autonómicas. Así, el artículo 149.1.27 de la Constitución, al atribuir al Estado competencia exclusiva sobre las «normas básicas» del régimen de la radio y la televisión, lo hace «sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas». La norma atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma es, pues, en principio, la norma estatutaria. Ahora bien, en ocasiones, junto a esta modalidad definidora de ámbitos competenciales, el encargo de definir competencias se condiciona en la Constitución a lo que disponga una Ley, y no faltan supuestos en que el

propio Estatuto restringe la asunción de competencias posibles, remitiéndose también a una Ley. Este último es precisamente el supuesto del artículo 16.1 del EC, por cuanto las competencias de «desarrollo legislativo» y de «ejecución» que pudiera asumir la Generalidad «en el marco de las leyes básicas del Estado» se hizo «en los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión», es decir, la actual Ley 4/1980, de 10 de enero.

Por consiguiente, la Ley 4/1980 constituye el marco básico (calificado expresamente de tal, y de aplicación general en todo el territorio nacional, en su artículo 2.1), dentro del cual podrán ejercitarse las competencias autonómicas, y a la vez norma atributiva de competencia. Por la fuerza de la aludida regla del artículo 16.1 del EC, la Ley 4/1980, además de contener normas básicas, es definidora de competencias, de tal modo que en los «términos y casos» que la norma establezca podrá asumirse una competencia por la Generalidad.

5. — NÚM. 68/1982. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1982. INCONSTITUCIONALIDAD DEL PUNTO 4 DEL ART. 9 DE LA LEY 48/1981, DE 24 DE DICIEMBRE, SOBRE CLASIFICACIÓN DE MANDOS Y REGULACIÓN DE ASCENSOS EN RÉGIMEN ORDINARIO PARA LOS MILITARES DE CARRERA DEL EJÉRCITO DE TIERRA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO. PONENTE: D. LUIS DíEZ PICAZO.

I. — *Los límites de la inconstitucionalidad por omisión del legislador.*

«En un sentido similar debemos señalar que no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular, alegando que el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la Ley 48/1981 para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pues la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace.

Los recurrentes confiesan la exactitud de la objeción propuesta cuando dicen, casi al final de su alegato, que son conscientes de que una Ley sobre clasificación de mandos y ascensos militares no es la norma más idónea para regular la asistencia religiosa a los individuos de las fuerzas Armadas católicos o pertenecientes a otras confesiones.»

6. — NÚM. 238/1982. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1982. INCONSTITUCIONALIDAD DEL REAL DECRETO-LEY 10/1981 DE 19 JUNIO. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. MANUEL DíEZ DE VELASCO VALLEJO.

I. — *La facultad de vigilancia de la constitucionalidad de las leyes y normas asimiladas, atribuida al T.C. en nuestra Ley Fundamental, alcanza a los Decretos-leyes aprobados por el Gobierno al amparo del art. 86 de la C., desde el momento de su publicación, con inde-*

*pendencia del control parlamentario a que deberán ser sometidos según el mismo precepto constitucional.*

«El control parlamentario de los Decretos-leyes se realiza por el Congreso de los Diputados, según el procedimiento establecido al efecto y de acuerdo a criterios tanto de oportunidad política como jurídico-constitucionales, lo que no es obstáculo para que cualquier Decreto-ley, a partir de su publicación, pueda ser residenciado ante este T. C. por quienes se encuentren legitimados al efecto, como es el caso que ahora nos ocupa, en relación con el Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio.»

#### A) *La naturaleza de los Decretos-leyes a la vista del art. 86 de la C.*

«Este doble pronunciamiento del T. C. entraña una previa y necesaria consideración sobre la naturaleza jurídica del Decreto-ley a la luz de lo dispuesto en el artículo 86 de la C. E. y demás disposiciones que a continuación se contemplan, cuestión ésta que ha sido expresamente suscitada por las partes.

Aprobado por el Gobierno un Decreto-ley y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» empieza a surtir efectos en el ordenamiento jurídico en el que provisionalmente se inserta como una norma dotada con fuerza y valor de ley, debiendo ser sometido inmediatamente a debate y votación por el Congreso de los Diputados en el ineludible plazo que dispone el artículo 86, número 2, de la C. E.

La doble vía que a estos efectos fiscalizadores prevé el artículo 86 de la Constitución, en sus apartados segundo y tercero, ha venido a decantarse en la práctica parlamentaria en el sentido del necesario y previo pronunciamiento sobre la totalidad del Decreto-ley. Pero una vez convalidado éste, se posibilita el acudir a tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (artículo 86, número 3, de la C. E.), si bien es cierto que nada se opone a una interpretación alternativa de ambas vías, quedando este punto al criterio de oportunidad que pueda establecer en un futuro el Congreso de los Diputados.

Ello supone que si, de acuerdo con la práctica actual, una vez obtenido el pronunciamiento favorable a la totalidad que exige el artículo 86, número 2, se decide acudir también a la tramitación del Decreto-ley por la vía del artículo 86, número 3, el resultado final del procedimiento legislativo será una ley formal del Parlamento, que sustituye en el ordenamiento jurídico, tras su publicación al Decreto-ley y cuya residenciabilidad ante el T. C. es posible en los términos y con el alcance que tanto la Constitución como la L.O.T.C. prevén.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que el Congreso de los Diputados se haya limitado a ejercitar sus competencias fiscalizadoras contempladas en el apartado 2.º del artículo 86 de la C. E. sin acudir a la vía del número 3.º, no puede considerarse que el Decreto-ley se haya convertido en ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución. En otras palabras, el Decreto-ley no se transforma en ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica. Esta situación es la misma en que se encuentra el Decreto-ley en los supuestos en que se acuda a su tramitación como proyecto de ley en el lapso de tiempo que transcurre entre la convalidación de totalidad como Decreto-ley (artículo 86, número 2) y la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley resultante de la referida trami-

tación como proyecto de ley por procedimiento de urgencia (artículo 86, número 3).

Todo ello es deducible no sólo del sentido propio de los preceptos constitucionales estudiados y los correspondientes de la L.O.T.C., que configuran en este punto una realidad diferente a la que existe en otras Constituciones que también contemplan la realidad de los Decretos-leyes, sino también de lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982 en cuanto al procedimiento legislativo común y especial (capítulos II y III del título V) y su diferencia con el procedimiento específico previsto para ejercitar el control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley (título VI); así como de la conveniencia de no alterar el orden constitucional normal de la elaboración de las normas, impidiendo que se soslaye el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes a través de una utilización abusiva del Decreto-ley.»

#### B) *El T.C. sólo podrá apoyar su juicio en criterios jurídico-constitucionales.*

«El T. C. conoce del mismo en razón a la competencia que le es atribuida en los artículos 161, número 1-a) de la C. E. y 27, número 2-b) de su L.O.T.C., y resuelve en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales, cimentados sobre la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-leyes y, de otra, si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución.»

#### a) *Los requisitos constitucionales previstos para la aprobación de Decretos-leyes y su control.*

##### *Requisitos:*

«Esta limitación viene dada, de una parte, y como ha quedado dicho, por la exclusión de determinadas materias (ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos y libertades de los ciudadanos reguladas en el título I, etc....), que en ningún caso pueden ser objeto de regulación mediante Decreto-ley; de otra por la conexión establecida entre esta facultad legislativa excepcional y la existencia de un presupuesto habilitante concreto en caso de extraordinaria y urgente necesidad.

##### *Fiscalización:*

«El aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución es, evidentemente, función propia de este T. C.

En el ejercicio de tal función, el T. C. puede invalidar, cuando así se le demande a través de las distintas vías que para ello se ofrecen, los preceptos contenidos en un Decreto-ley que versen sobre materias excluidas, o que, de cualquier otra forma, choquen por su contenido con prescripciones integradas en el bloque normativo a que se refiere el artículo 28 de la L.O.T.C. No se agota con ello, sin embargo, el ámbito del control de constitucionalidad de este género de disposiciones con fuerza de ley.

El peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente

político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del T. C., en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-ley adecuado a la Constitución.

El T. C. podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no puede ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal implica que dicha definición sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan.

Así, pues, sin perjuicio del posible y ulterior control jurídico-constitucional que corresponde a este Tribunal Constitucional, en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley. No les autoriza esta competencia, sin embargo, para incluir en el Decreto-ley cualquier género de disposiciones: ni aquellas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.

De esta forma, la ineludible exigencia constitucional de la existencia de un presupuesto habilitante para dictar un Decreto-ley, se vincula a éste como justificación de su constitucionalidad, y puede ser contrastada tanto en vía parlamentaria, como ante este T. C., permitiendo en este último supuesto un pronunciamiento previo y diferenciado, del que igualmente pueda formularse sobre el contenido específico de la norma.»

b) El Tribunal no se pronunciará sobre la oportunidad técnica de las medidas contenidas en los decretos-leyes.

«Por lo que respecta al contenido dispositivo del Real Decreto-ley impugnado, no es competencia del Tribunal Constitucional el pronunciarse sobre la mayor o menor oportunidad técnica de las medidas que en el mismo se establecen en orden a la inspección y recaudación ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social, pues ello se enmarca en la actividad propia del debate parlamentario, y la defensa en el mismo de los distintos criterios políticos que al respecto se formulan, por lo que no procede realizar pronunciamiento alguno al respecto.»

7. — NÚM. 24/1982. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1982. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 9/1931, DE 30 SEPTIEMBRE, DEL PARLAMENTO VASCO, SOBRE CREACIÓN DEL CONSEJO DE RELACIONES LABORALES. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE (\*).

(\*) No presentan cuestiones de interés procesal, por lo que nos limitamos a su registro.

8. — NÚM. 74/1982. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1982. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 7.3, 9.3, 11 Y 21.2 DE LA LEY 11/1981, DE 7 DE DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO CATALÁN, QUE REGULA EL PATRIMONIO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE (\*).

### SECCION CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. — NÚM. 243/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1982. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA REGLA PRIMERA DE LA LEY 83/1980, DE 31 DE DICIEMBRE, QUE CONTIENE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. DESESTIMACIÓN DE LA CUESTIÓN. PONENTE: D. JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA.

I. — *Posibilidad de plantear la cuestión antes de que esté concluso el procedimiento «a quo» y, por tanto, fuera del plazo para dictar sentencia.*

«El artículo 131 de la Ley 83/1980, que contiene el régimen procesal de los juicios no comprendidos en los artículos anteriores, remite a las normas del proceso de cognición con las particularidades que indica para dilucidar, sea cual fuere el Juzgado competente, pretensiones como la ejercitada en el proceso del que la presente cuestión trae causa. Pues bien, los artículos 48 y siguientes del Decreto de Normas Procesales de la Justicia de Distrito disponen que, contestada la demanda, se convocará a las partes a la celebración del juicio, y es después de celebrado este acto —con la práctica, en su caso, de la prueba— cuando se declara concluso el juicio y se abre el plazo para sentencia. La cuestión no se ha planteado en este momento procesal, sino, prematuramente una vez contestada la demanda y antes de la celebración del juicio.

Ciertamente se ha incumplido lo que en este punto dice el artículo 35.2 de la L.O.T.C. y, por esto, pudo rechazar este Tribunal la cuestión, remitiendo el planteamiento de la misma para su momento. Ahora bien, siendo irrelevante desde el punto de vista de la cuestión constitucional toda la ulterior tramitación porque el proceso civil tiene como motivo único, o al menos preferente, el de la aplicación de la norma cuestionada; el diferir el juicio de constitucionalidad atentaría contra un principio de economía. La continuación del proceso civil hasta el trámite de sentencia no aportaría ningún elemento nuevo de juicio ni sobre la aplicabilidad de la norma cuestionada al proceso de origen, ni respecto del efecto determinante de dicha norma sobre el fallo que se haya de dictar, ni sobre la legitimidad constitucional de la norma cuestionada. Estas razones nos llevan a rechazar la primera de las objeciones opuestas por el Fiscal general del Estado.»

2.— NÚM. 54/1982. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1982. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 137, PÁRRAFO FINAL, DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1.568/1980, DE 13 DE JUNIO. ESTIMACIÓN DE LA CUESTIÓN. PONENTE: D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE.

I.— *No es, a juicio del Pleno, formalmente constitucional el precepto reseñado, pues la supresión de recursos que establece, carece de cobertura legal, al no ampararla ni las normas a refundir ni la norma delegante.*

«En relación con el precepto aquí cuestionado es necesario analizar la norma habilitante que autoriza (artículo 82.5 C. E.) y al mismo tiempo ordena al Gobierno que elabore un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, esto es, la Disposición final sexta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (L.E.T.), para examinar después si el Gobierno ha integrado correctamente el bloque de la legislación a refundir.

La citada Disposición final sexta de la L.E.T. ordena la redacción de un nuevo texto refundido de la L.P.L., «en que se contengan las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma», y aunque una interpretación demasiado literal de la frase transcrita podría dar a entender que sólo había que refundir en esta ocasión el texto refundido de procedimiento laboral aprobado por el Decreto 2.381/1973 de 17 de agosto con las normas posteriores a él, la redacción total de la citada Disposición hace posible una interpretación más amplia de la norma habilitante que permite tener en cuenta, al redactar el nuevo texto refundido, otras normas relativas al proceso laboral, aunque fuesen anteriores a la Ley de 1973, con tal de que estuvieran vigentes en el momento de promulgarse la Ley 8/1980 de 10 de marzo. Esta interpretación, en principio correcta, permitiría considerar como una de las normas a contemplar la Orden Ministerial de 29 de diciembre de 1945, sobre clasificación profesional, y así parece que lo ha entendido el Gobierno, pues la exclusión de recursos contra la sentencia que resuelva procesos por clasificación profesional (artículo 137 L.P.L.) aparece inspirada en aquella Orden y en la construcción jurisprudencial montada, no sin esfuerzos, cambios y debates sobre ella.

En efecto, en el inmediato pasado, en virtud de la competencia reconocida por la Orden ministerial de 29 de diciembre de 1945, a los Delegados de Trabajo en materia de clasificación profesional, las cuestiones litigiosas concernientes a esta materia, se suscitaban a través de un procedimiento administrativo, pues a pesar de las dificultades que aun en el ordenamiento preconstitucional pudieran darse al respecto, la jurisprudencia, principalmente de la Sala IV del Tribunal Supremo, declaró que «la clasificación profesional es materia indudable e indiscutiblemente administrativa» (sentencia de 11 de mayo de 1971). Sobre ese presupuesto, la jurisprudencia y la doctrina entendieron que las resoluciones del Delegado de Trabajo en materia de clasificación profesional eran jurisdiccionalmente revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa, y en concreto prosperó una asimilación de las mismas a estos efectos con las cuestiones de personal a que se refiere el artículo 94.1-a) de la L. J., por lo que al no darse contra las decisiones de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales en materia de personal recurso de apelación ordinario, tampoco se admitía éste contra las sentencias de las mismas Salas en cuestiones de clasificación profesional,

y seguramente por un mal entendido respeto a esta situación, el redactor del artículo 137 L.P.L. en su versión actual ha suprimido ahora todo recurso contra las sentencias de las Magistraturas en esta misma materia, sin duda creyendo atenerse así fielmente a su tarea de refundidor no autorizado a innovar.

Ahora bien, esa construcción es insostenible a la luz de la Constitución porque la base normativa sobre la que descansa, esto es, la Orden ministerial de 29 de diciembre de 1945, se opone a determinados preceptos constitucionales, y por consiguiente, ha de entenderse derogada en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución. La mencionada Orden se dio, según reza su preámbulo, en función de los principios consignados en el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 y en particular de la decidida intervención tutelar de la Administración en el ámbito de las relaciones laborales. En materia de clasificación profesional, el trabajador que entendiera que la categoría que tuviera asignada en su Empresa no se correspondía con la función que efectivamente realizara, «podrá reclamar ante la Delegación de Trabajo su adecuada clasificación profesional» (artículo 1. Orden ministerial de 29 de diciembre de 1945), y ello era posible porque el artículo 3 de la misma Orden declaraba que para conocer de estas cuestiones era competente la Delegación de Trabajo. Pero la Constitución española de 1978 no sólo se limita a derogar expresamente el Fuero del Trabajo en su Disposición derogatoria primera, sino que establece un marco constitucional (artículos 7, 28, 35 y 37, principalmente), que garantiza la libertad y la autonomía de las relaciones laborales, sobre unos principios con los cuales no es compatible una intervención tutelar de la Administración en materia como la clasificación profesional. Por otra parte, en cuanto las cuestiones de clasificación profesional entrañan conflictos individuales de trabajo, su conocimiento corresponde a jueces y magistrados integrantes del poder judicial (artículo 117.1 C. E.) determinados por las leyes (artículo 117.3 C.E.), que son, en concreto, los órganos jurisdiccionales del orden social a tenor del artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por consiguiente, junto a lo ya dicho sobre la incompatibilidad de la Orden de 1945 con la Constitución, podría añadirse que en la citada Orden ministerial se da también una ilegalidad ordinaria y que es nula por aplicación conjunta del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 C. E.) y el artículo 1 de la L.P.L.; pero, en realidad, tal confrontación entre uno y otro texto parece de sentido, puesto que en el momento de promulgarse la L.P.L. y aun antes, y esto es fundamental, en el momento de dictarse la norma habilitante de la L.E.T. (marzo de 1980), la Orden ministerial de 29 de diciembre de 1945 ya no formaba parte del ordenamiento jurídico, del que fue expulsada por la Disposición derogatoria tercera de la Constitución de 1978. Y siendo esto así, ni la Orden en sí misma, ni la construcción jurisprudencial montada sobre ella ni su asimilación a las cuestiones de personal del 94.1-a) L.J., exentas, según él, de posible recurso de apelación, pudieron ni debieron ser tenidas en cuenta por el Gobierno al redactar el texto refundido que le ordenó elaborar la Disposición final sexta de la L.E.T., y, por consiguiente, la supresión de recursos en el artículo 137 de la L.P.L. carece de apoyo en la legislación laboral vigente en la materia a la hora de llevar a cabo la delegación legislativa.

El mandato del legislador en materia procesal sobre clasificación profesional se completa en el artículo 23.2 de la L.E.T., en el que se establece que el trabajador, tras reclamar infructuosamente a la empresa «puede reclamar ante la jurisdicción competente», que a tenor del inciso final del artículo 1 de la L.P.L. no es otra que «el orden jurisdiccional social». Y como en la L.E.T. no hay especialidad procesal impuesta por vía de delegación en materia de clasificación profesional, ni una vez producida la derogación de la Orden mi-

nisterial de 29 de diciembre de 1945 existe ningún otro condicionamiento normativo en la materia, ha de entenderse que en ella ha de regir por voluntad del legislador el procedimiento laboral ordinario y el sistema común de recursos, contenido en los artículos 152 y siguientes de la L.P.L., pues si el legislador delegante hubiese querido, contra la norma general, suprimir en esta materia los recursos, lo habría dicho en los artículos 22 y siguientes de la L.E.T., tal y como lo dispuesto expresamente en materia electoral laboral en el artículo 76.4 «in fine» de la misma ley.»

II. — *Además, el inciso último del artículo impugnado, no tiene la apoyatura material necesaria para mantener su constitucionalidad.*

«Siendo, pues, obligado con fundamento en todo lo dicho declarar inconstitucional el proceso cuestionado, y aunque sea innecesario entrar en el análisis de su posible inconstitucionalidad por razones materiales, es oportuno examinar si la solución legal resultante de la declaración de inconstitucionalidad del precepto en cuestión resulta a su vez conforme con la Constitución. E indudablemente así es, pues nada se opone en ella a la existencia de recursos contra las sentencias pronunciadas en primera instancia, si bien es cierto que no existe ningún precepto constitucional que imponga la doble instancia como necesaria (pues tal imposición no se infiere ni siquiera del artículo 24, C.E.), ni en materia de jurisdicción laboral hay tampoco norma equivalente al artículo 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos concerniente al proceso penal. Por lo demás, la existencia de recursos en procesos de clasificación profesional, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del inciso final del 137 L.P.L., guarda relación de proporcionalidad con la importancia de una materia vinculada a su vez con el derecho a la promoción a través del trabajo constitucionalizado en el artículo 35.1 C.E. y, desde luego, permite la unificación jurisprudencial en la materia por medio del recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo. Ahora bien: existiendo estas razones en favor de los recursos en procesos por clasificación profesional y siendo a su vez regla general en el proceso laboral la impugnabilidad de las sentencias, el Gobierno (que obviamente no es el legislador soberano) sólo habría podido suprimir los recursos si entre las normas a refundir o en la norma delegante hubiera algún precepto que así se lo impusiera. Pero como esa cobertura formal no existe, según vimos, hemos de concluir afirmando que el Gobierno, al redactar la regla final del artículo 137 L.P.L., actuó sin razones formales ni materiales e infringió el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 C.E.), por todo lo cual la norma cuestionada es inconstitucional también por razones materiales.»

## RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL (IX-XII 1982)

- 1) Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. Acuerdo de 6 de octubre de 1982 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (B.O.E. de 24 de noviembre de 1982).

En sus 264 artículos, dos Disposiciones transitorias, una derogatoria y otra final, este Reglamento contiene disposiciones relativas a la constitución, cese y sustitución de los miembros, así como nombramiento, del Consejo General del Poder Judicial, junto con otras en orden al Estatuto personal de los mismos, elección de vocales de procedencia judicial, Organos y régimen de reuniones, para culminar con lo atinente a las actuaciones y recursos.

- 2) Acuerdo de 3 de noviembre de 1982 (B.O.E. de 29 de noviembre de 1982), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Magistrados de Trabajo.

En virtud de lo dispuesto en nuestra Constitución, particularmente artículos 117 y 122; así como en la Ley Orgánica número 1 de 10 de enero de 1980 (vid. Disposiciones transitorias 7.ª, 8.ª-7 y 8 y 10.ª), se adecúan los artículos 63, 64, 65 y 66 del Reglamento de 27 de julio de 1968. Igualmente se incorpora a este mismo texto una nueva Disposición adicional en el sentido de que las referencias del Reglamento al Gobierno, Ministerio de Trabajo e Inspección General de Magistraturas de Trabajo se entenderán hechos al Consejo General del Poder Judicial.

- 3) Tribunal de Defensa de la Competencia. R.D. 2.574/1982, de 24 de septiembre (B.O.E. de 15 de octubre de 1982), por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1975.

Esta disposición, como su propio preámbulo reconoce, pretende atemperar la inconstitucionalidad del Tribunal de Defensa de

la Competencia, que se deduce de los artículos 24-1 y 117-3 de la Constitución, aunque el mismo añade ociosamente los artículos 106 y 117-5; por ello entiende que los artículos 10, 29, 31 y 32 de la Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963, están derogados por la propia Constitución, en cuanto excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa algunas de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En igual sentido modifica los artículos 3.º, 6.º (A), 50-1, 123, 124 y 131 del Reglamento citado. Especial relevancia ofrece, a este respecto, el nuevo artículo 3.º reformado que dice: «La competencia del Tribunal en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo. Las consecuencias civiles, penales o laborales que de ella se deriven se determinarán, en cada caso, por la jurisdicción correspondiente.»

Resulta, no obstante, dudosa, la cobertura normativa de la reforma, toda vez que, por un lado, se acude a la fórmula del R.D. para reformar materias incluidas en la órbita del artículo 24 de la Constitución, sujeto, conforme indica el artículo 53-1 del mismo texto, a reserva legal orgánica, por otro lado se mantiene, aunque devaluada, la pervivencia de este dudoso Tribunal. Quizá hubiera bastado con la estricta observancia de la Disposición derogatoria 3.ª de la Constitución.

- 4) Juntas Arbitrales de arrendamientos rústicos. Orden de 8 de octubre de 1982, núm. 28.009, que regula su constitución transitoria y de igual fecha, núm. 28.010, relativa a normas complementarias de funcionamiento de las mismas (ambas disposiciones publicadas en el B.O.E. del 28 de octubre de 1982).

Sobre estas Juntas arbitrales, que tienen el carácter de medios preliminares sustitutivos del proceso, vid. ALMAGRO, *Garantías constitucionales del Proceso Civil*, en «Justicia 81», págs. 27 y siguientes, también LOZANO HIGUERO, *La nueva Legislación Procesal sobre arrendamientos rústicos*, en «Justicia 82», núm. II, págs. 86 y sgs.

- 5) Juicio ejecutivo. Actas notariales de determinación del saldo. R.D. 2.680/1982 de 15 de octubre (B.O.E. 28 de octubre).

En su artículo único se dispone: «Si en los contratos y operaciones de crédito de cualquier clase, otorgadas mediante escritura pública por Entidades de crédito, ahorro y financiación, se hubiese pactado que la cantidad líquida exigible en caso de ejecución sea determinada en acta notarial, el Notario, a requerimiento de los representantes legales de la Entidad, la levan-

tará determinando y fijando el saldo de la cuenta, con incorporación de la certificación de la Entidad acreedora y referencia de la documentación que lo acredite.»

Esta norma viene a equiparar la intervención notarial a la atribuida, por la Orden de 21 de abril de 1950 (B.O.E. de 29 de abril), a los Agentes de Cambio y Bolsa o Corredores de Comercio. Empero, hay que observar que se otorga, vía determinación de la liquidez por uno u otro sistema, virtualidad ejecutiva a títulos carentes de ella, según el sistema de la L.E.C., y en el supuesto del R.D. en cuestión no se trata de Escrituras Públicas, que llevarían aparejada la ejecución conforme al artículo 1.429-1.º de la L.E.C., sino de meras Actas notariales. En uno u otro caso, Orden del 50 ó actual R.D., resulta difícil su conciliación con la sistemática y principios de la L.E.C., habida cuenta el rango normativo de ambas disposiciones; como resulta aventurada su concordancia con lo que dispone la Constitución en sus artículos 149-1-6 y 66-2.

- 6) Derecho Concursal. R.D.L. 18/1982 de 24 septiembre (B.O.E. de 1 de octubre), sobre fondos de garantía de depósitos en Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito.

Este R.D. establece, en su art. 6: «Uno. — Cuando un Banco, Caja de Ahorros o Cooperativa de Crédito se presente en suspensión de pagos con arreglo a la Ley de 26 de julio de 1922, los dos Interventores —Peritos Mercantiles o prácticos de los que figuren en las listas del Juzgado a que se refiere el artículo 4.º de la citada Ley de Suspensión de Pagos—, serán designados de las listas que con este objeto remita el Fondo de Garantía de Depósitos al que pertenezca o haya pertenecido la Entidad de depósito respectiva.

Cuando se den los supuestos del primer párrafo del artículo sexto de la repetida Ley y se provea a la suspensión y sustitución de los Organos de administración de la Entidad suspensa, el Administrador será el propio Fondo de Garantía de Depósitos.

Dos. — Cuando un Banco, Caja de Ahorros o Cooperativa de Crédito se declare formalmente en estado de quiebra de conformidad con las normas del Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil, las funciones de los Organos de la misma, es decir, del Comisario, Depositario y Síndicos, serán asumidas por el Fondo de Garantía de Depósitos al que la Entidad pertenezca o haya pertenecido, sustituyendo a aquéllos a todos los efectos.

Tres. — El Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos Bancarios, el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas

de Crédito, gozarán del beneficio de pobreza ante toda clase de Juzgados, Tribunales y Jurisdicciones en cuantos procedimientos pueda intervenir activa o pasivamente.

Los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito que sean declarados en quiebra o incurran en sobreseimiento definitivo en expediente de suspensión de pagos, gozarán, asimismo, del beneficio de pobreza, salvo que una vez liquidado su patrimonio y pagados todos los acreedores, resulten bienes suficientes para hacer efectivas las costas y gastos judiciales.»

Esta Disposición requiere algunas precisiones, tanto formales como materiales. En primer lugar que, a pesar de los artículos 86-1 y 2 y 78-2 de la Constitución, no ha sido aún convalidada. También debe destacarse que no se ha buscado una mayor armonía sistemática añadiendo un nuevo párrafo, como hubiera sido deseable, a la L.E.C., tal como hizo el R.D. de 10 de noviembre de 1924, ratificado con fuerza de Ley por la de 30 de diciembre de 1931, con los tercero y cuarto del artículo 1.333 y tercero del 1.346 de la L.E.C.

Respecto a los Organos administrativos de las situaciones concursales, aspecto importante en la Disposición, deben examinarse las funciones de la Comisión Gestora (RR.DD. 2.575 y 2.576 de 1 de octubre, B.O.E. del 15 del mismo mes y año 1982).

En cuanto al beneficio de pobreza que configura, choca con el artículo 20 de la L.E.C., que establece que solamente se concederá para litigar derechos propios, también con el artículo 14 de la Constitución, pues no se alcanza ese trato de favor a que puede obedecer con preferencia a otros justiciables.

MANUEL LOZANO HIGUERO  
Profesor de Derecho de la U.N.E.D.

## PROGRAMAS ELECTORALES DE LOS PARTIDOS POLITICOS MAYORITARIOS

*En los últimos años hemos oído, con alguna reiteración, que los programas electorales de los partidos políticos contienen siempre algunas propuestas que no se podrán cumplir (en realidad se ha hablado de mentiras pero no queremos forzar el juicio). Esta es una idea que no podemos compartir. Cuando un partido concurre a las elecciones con un programa, está adquiriendo un compromiso público que, si triunfa, está obligado a cumplir. De lo contrario la política se basaría en el engaño y la demagogia.*

*Partiendo, pues, de que el partido triunfador en las elecciones del 28 de octubre de 1982, está decidido a hacer pasar su programa electoral del mundo de las aspiraciones y de las promesas al de la realidad, ofrecemos en las páginas que siguen la parte del programa del PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL relativa a Administración de Justicia en su sentido más amplio.*

*Ese programa electoral del PSOE, tras el triunfo de éste en las elecciones, se ha convertido automáticamente en programa de gobierno, y es indudable término de referencia para comprobar lo que al final de la legislatura se haya realizado en el campo que nos ocupa, especialmente si se tiene en cuenta que el Gobierno no encontrará obstáculos parlamentarios insalvables para convertir sus ideas en hechos.*

*Ofrecemos al mismo tiempo el programa electoral de ALIANZA POPULAR, en coalición con el Partido Demócrata Popular, Partido Aragonés Regionalista, Unión del Pueblo Navarro y Unidad Valenciana. Desde ese programa la oposición mayoritaria formulará sus alternativas a la obra de Gobierno, y también, aunque en medida distinta, será término de referencia.*

*Dentro de cuatro años, con relación a esos términos de referencia, juzgaremos lo alcanzado.*

## PROGRAMA ELECTORAL DEL PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL

### 1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en condiciones igualitarias constituye no sólo un límite de la actuación estatal, sino ante todo el mismo fundamento del Estado, la condición de justicia que dota de legitimidad suficiente al ejercicio del poder legislativo, ejecutivo y judicial y, en definitiva, a la existencia misma de la organización política.

La actividad legislativa resulta hoy necesaria para garantizar las libertades de los españoles y para promover un progreso humano de la sociedad que ponga a todos sus miembros en disposición de gozar de aquellos valores superiores en condiciones iguales.

El Partido Socialista Obrero Español estima que la simple protección de las libertades individuales (libertad de expresión, reunión, etcétera) resulta imprescindible, pero no suficiente. Hoy el ciudadano, además de exigir que el Estado y los demás individuos se abstengan de violar el espacio de su libre autonomía, demanda también prestaciones concretas de trabajo, salud o educación, es decir, demandas sociales cuya satisfacción constituye el contenido del Programa socialista, porque así lo exige el cabal cumplimiento de los mandatos constitucionales. Con todo, los derechos individuales, que garantizan la autonomía jurídica de los ciudadanos, y los derechos de prestación que tratan de asegurar la igualdad y el progreso, no agotan nuestra concepción de los derechos fundamentales. Para que aquellos derechos alcancen su plenitud es preciso que los propios ciudadanos los impulsen y protejan ejerciendo los derechos de participación política, económica y ciudadana.

Los tres ejes esenciales sobre los que gira este Programa socialista en materia de libertades públicas son: las libertades que garantizan la autonomía de los ciudadanos, los derechos económicos, sociales y culturales, que persiguen la consecución de la igualdad y los derechos de participación que profundizan la democracia.

#### 1.1. *Desarrollar la Constitución. — Afianzar nuestras libertades*

Aunque los derechos y libertades fundamentales gozan de plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, merced a su inclusión en el texto constitucional, constituye un firme compromiso del Partido Socialista Obrero Español proceder al desarrollo legislativo de los mismos a fin de lograr su más plena y real satisfacción. Ciertamente, para lograr este fin se requiere algo más que medidas legis-

lativas; en muchos casos, serán precisas acciones gubernamentales tendentes a crear el sustrato económico, social y cultural imprescindible para el ejercicio igualitario de los derechos constitucionales reconocidos.

La acción del Gobierno se encaminará, por lo tanto, a remover los obstáculos que en la sociedad civil (en las relaciones laborales, en el consumo, en las escuelas, etc.) impiden esta igualdad real. En el marco de esta preocupación por la igualdad, merece destacarse como postulado esencial del Programa socialista la eliminación de toda discriminación entre el hombre y la mujer.

#### 1.1.2. *Libertades individuales*

En relación con la libertad religiosa corresponde al Estado facilitar su ejercicio, pero sin privilegiar a ninguna confesión o ideología. En este aspecto se establecerán, como ya se hizo con la Iglesia católica, las negociaciones pertinentes con otras confesiones a fin de constituir su régimen jurídico básico.

El Gobierno procederá a la reglamentación urgente de la objeción de conciencia, conjugando la mayor garantía y respeto a los ciudadanos con la protección de la igualdad de los españoles.

En materia de derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, será preciso ofrecer una más rápida y eficaz tutela penal frente a los ataques que puedan producirse desde los poderosos medios de comunicación. Además, el enorme desarrollo tecnológico en materia de informática exigirá un urgente tratamiento legal, tratando de armonizar el derecho a la información con el honor y la intimidad de las personas.

En cualquier caso, la protección de los derechos antes mencionados no ahogará la libertad de expresión y prensa, que representa una de las claves de la sociedad democrática y cuyo ejercicio no requiere una normativa excesivamente reglamentista como la padecida en períodos anteriores. Por ello, no es propósito socialista sustituir la Ley de Prensa por otra norma análoga. Los límites de la libertad de expresión se hallarán en el Código Penal únicamente y su control se encomendará a los Jueces.

En cambio, sí se procederá a una regulación más eficaz de los derechos de réplica y rectificación mediante un procedimiento rápido y judicializado, así como a la regulación de la cláusula de conciencia y del secreto profesional del periodista.

Dos derechos genuinamente políticos son los de reunión y asociación. La normativa vigente en esta materia resulta compleja, dispersa y parcialmente inconstitucional, por lo que el Gobierno adaptará su regulación al texto constitucional.

Finalmente, dentro de la categoría de los derechos aquí examinada, la Constitución exige una nueva normativa del derecho de asilo de los extranjeros en España.

### 1.1.3. *Derechos de participación de los ciudadanos*

Puede decirse que el reconocimiento constitucional y el desarrollo legal de los derechos de participación representa una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, con algunas escasas excepciones como el derecho de petición, cuya normativa exige una reforma que fortalecerá su ejercicio y garantizará el cumplimiento por los poderes públicos de las obligaciones consiguientes.

Junto al derecho de petición será desarrollada la iniciativa legislativa popular, que representa una de las manifestaciones más propias de la participación política.

Pero la Constitución no sólo prevé derechos y figuras de participación política en general, sino que con frecuencia reconoce fórmulas de participación en sectores concretos, donde tal vez aquéllos resultan más eficaces. Así la acción popular, los Jurados o la elección de los Jueces de Paz constituyen los medios específicos de participación en la Administración de Justicia. En relación con la acción popular es propósito socialista eliminar los obstáculos que en la actualidad dificultan injustificadamente su ejercicio. Asimismo, el Gobierno establecerá el Jurado, tratando de evitar algunos errores históricos que viciaron la práctica de esta institución. Por último, la elección de los Jueces de Paz supondrá no sólo el descargar a los jueces técnicos de buena parte de su trabajo, sino también responsabilizar a los propios ciudadanos de la administración de justicia.

### 1.1.4. *La protección de los derechos fundamentales*

Aunque la protección de los derechos y libertades corresponde a todo el entramado social, institucional y privado, deben existir órganos especializados en la tutela de los derechos, pero su intervención sólo procede, en último caso, cuando los demás órganos vulneran o no son capaces de proteger con todo rigor esos derechos. Tales órganos especializados son, precisamente, los Jueces. Por ello, el Programa socialista presta una especial atención a los procedimientos jurisdiccionales de tutela de las libertades; procedimientos éstos, particularmente rigurosos, generalmente rápidos e incluso sumarios, capaces de reponer al titular en su legítimo y pacífico ejercicio del modo más eficaz posible. Especial atención merecen el «habeas corpus», la Asistencia Letrada al Detenido y el Proceso de Amparo.

La regulación del «habeas corpus» garantizará el amparo judicial frente a detenciones ilegales y evitará, en su caso, la práctica de malos tratos o torturas al detenido.

En cuanto a la asistencia al detenido y al preso se desarrollará el artículo 17.2 y 3 de la Constitución, dando respuesta a los problemas que ha ido planteando la práctica diaria. Asimismo, y entendiendo la asistencia letrada concebida no como un simple derecho de los ciudadanos, sino, además, como una garantía procesal que los poderes públicos tienen el deber de procurar, se arbitrarán los mecanismos oportunos para que ningún ciudadano carezca de dicha asistencia.

Finalmente, el Gobierno llevará a cabo el desarrollo legislativo del llamado amparo judicial o procedimiento sumario y preferente ante la jurisdicción ordinaria, reconocido en el artículo 53 de la Constitución.

Pero es preciso algo más que el proceso de amparo constitucional. En la tarea de protección de las libertades es necesario acudir a todos los instrumentos de la defensa del Estado y, entre ellos, al Derecho Penal. De ahí que el nuevo Código Penal insistirá de modo particular en la represión de todas aquellas conductas que representen un atentado a los derechos fundamentales.

### 1.1.5. *Elección del Defensor del Pueblo.*

Existe, por último, una institución a la que nuestra Constitución atribuye importantes funciones en orden a la protección de las libertades: se trata del Defensor del Pueblo. Es propósito y compromiso de los socialistas el que se proceda a la inmediata elección del Defensor del Pueblo.

La trascendencia de un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia es evidente para el Estado. Pero mucho más trascendente es un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en un sistema constitucional de libertades como el nuestro. Hemos puesto en manos de los Jueces nuestros derechos; por ello, si nuestra Administración de Justicia no funciona, la consagración legal de los mismos será pura retórica.

Reformar, pues, la Administración de Justicia es hoy una cuestión de Estado; una cuestión, incluso, de supervivencia del propio Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución.

## 2. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para hacer justicia a nuestra Justicia, para que nuestros ciudadanos recuperen la confianza en la Justicia es preciso reformar la

misma poniendo remedio a aquellos aspectos estructurales o funcionales que hacen de la misma un servicio caótico, caro y desvinculado de la conciencia de nuestra sociedad. Si hay crisis de confianza en la Administración de Justicia se debe, al menos, a los siguientes factores: La existencia de una pluralidad de «justicias», el anquilosamiento de nuestro Código Penal, la carestía de la Justicia, la lentitud de los procedimientos.

El Partido Socialista Obrero Español considera que es urgente acometer la solución de estos problemas y, por ello, el Gobierno se propondrá las siguientes actuaciones:

### 2.1. *Reformar la Justicia Militar*

La unidad jurisdiccional constituye uno de los postulados del Estado de Derecho y su plena realización en las sociedades democráticas ha sido fruto de una larga y, a veces, costosa lucha contra los residuos feudales de Justicia privada o corporativa. La unidad jurisdiccional es un corolario de la igualdad de los ciudadanos: ante la Ley, y por tanto ante el Juez, no puede haber discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, fortuna o profesión.

La Constitución conjuga esta unidad jurisdiccional con el mantenimiento de una jurisdicción especial, la militar, de larga tradición en nuestro Derecho. Para que esta conjugación resulte armónica es preciso, en primer lugar, reducir la jurisdicción militar «al ámbito estrictamente castrense» (art. 117 de la Constitución) y, en segundo lugar, la más plena judicialización de la misma; es decir, que existiendo un mismo derecho igual para todos, su aplicación no difiera de forma injustificada.

Por ello, el Gobierno procederá a una reforma de la jurisdicción militar basada, entre otros, en estos tres principios:

1. La Constitución exige, además de una reforma del Código de Justicia Militar, una distinta y completa regulación de la jurisdicción militar en sus vertientes sustantiva, orgánica y procesal y en las que se recojan y desarrollen los mandatos constitucionales referidos al Poder Judicial, teniendo en cuenta la experiencia y la realidad nacional en este ámbito, así como los principios más comúnmente consagrados en la legislación militar comparada.

Así la reforma de la Justicia Militar se efectuará a través de cuatro textos legales: un nuevo Código Penal Militar, una Ley que regule los órganos de Jurisdicción Militar, una Ley Procesal Militar y una Ley Disciplinaria Militar.

2. La nueva normativa sobre jurisdicción militar respetará escrupulosamente los principios orgánicos y procesales que la Constitución impone a la Justicia en general.

3. Se reducirá la jurisdicción militar al enjuiciamiento de aquellos delitos cometidos por militares en servicio activo y que, además, lesionen bienes o intereses de naturaleza específicamente militar.

Entendemos como razón o peculiaridad sustancial y definitoria de la Justicia Militar la necesidad de salvaguardar la disciplina y cohesión de las Fuerzas Armadas. Es, pues, la disciplina en su sentido más amplio y exigente, el bien específicamente militar contra el que atentan los delitos militares. La clasificación y tipificación de los mismos atenderá sustancialmente a la protección de este bien o valor militar básico en sus distintas vertientes.

### 2.2. *Adecuar el Código Penal a la sociedad española*

La existencia de un nuevo Código Penal constituirá un objetivo prioritario para la política legislativa socialista, impuesto por el desfase entre los valores sociales y morales vigentes en la sociedad española y los que perpetúa el actual Código Penal. Así, pues, se pretende que el nuevo Código Penal se adecúe a la conciencia moral y cívica de la actual sociedad española.

Los principios esenciales de nuestro Proyecto de Código Penal serán, entre otros, los siguientes:

1. Fijación de la edad penal a los 18 años.
2. Supresión de las penas cortas privativas de libertad, por considerarlas contraproducentes desde el punto de vista de la política criminal y su sustitución por otras penas como la pecuniaria, el arresto de fin de semana, la condena condicional, etc.
3. Derogación de la Ley de Peligrosidad Social y desaparición de las medidas de seguridad predelictuales.
4. Regulación de la interrupción del embarazo en situaciones como peligro para la vida de la mujer, peligro de nacimiento con graves patologías físicas o psíquicas y violaciones, asegurando el respeto a la libre conciencia de cada ciudadano.
5. Secularización del Derecho Penal, que no debe recoger tipos delictivos influidos por una u otra concepción religiosa, sino aquellos que responden a valores generalmente aceptados por la sociedad.
6. Protección penal más eficaz del medio ambiente, del orden urbanístico y del patrimonio histórico, cultural y artístico.
7. Represión de los delitos socioeconómicos.
8. Represión de la adulteración de alimentos.
9. Endurecimiento de las penas por los delitos de rebelión.

### 2.3. *Adaptar la organización judicial a la Constitución*

La Constitución española ha impuesto la necesidad de elaborar una Ley Orgánica del Poder Judicial que determine, entre otras cues-

tiones, la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. La anterior mayoría parlamentaria no ha sido capaz de cumplir con este mandato constitucional paralizando, así, todo el proceso de reforma de la Administración de Justicia.

El Gobierno otorgará prioridad legislativa a este Proyecto de Ley, sin cuya aprobación se perpetúa la caótica interinidad de la crisis de la Administración de Justicia.

#### 2.4. *Definir una nueva demarcación judicial*

Uno de los motivos de desconfianza del ciudadano en la Justicia es la lentitud de los procesos. Y una de las causas explicativas de dicha lentitud viene determinada por la obsoleta demarcación judicial existente, que permanece prácticamente inalterada desde el siglo XIX, pese a los cambios demográficos y sociales acaecidos en España. Por ello, el Gobierno, una vez elaborada la Ley Orgánica del Poder Judicial, procederá a una nueva demarcación judicial que acerque el Juez al ciudadano, permita una descongestión de los Juzgados y Tribunales de los grandes núcleos de población a través del incremento en los mismos de nuevos órganos, agilice la tramitación de los procesos y, al hacer así la justicia más rápida y eficaz, la haga más justa.

#### 2.5. *Agilizar los procedimientos judiciales*

Agilizar la Administración de Justicia exigirá una revisión a fondo de las normas procesales en el orden laboral, civil y contencioso-administrativo, lo que evitará las tácticas dilatorias, eliminará trámites innecesarios, unificará y simplificará los procedimientos, potenciará el juicio oral, despejará los obstáculos en la ejecución de las sentencias, etc.

#### 2.6. *Dotar la Administración de Justicia de más Jueces*

Se crearán las bases para llevar a la práctica una decisión inaplazable: aumentar el número de Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal de la Administración de Justicia de forma que ésta gane en rapidez, calidad e intermediación, mediante la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la confección de una nueva demarcación judicial.

Si queremos una Justicia de Jueces es inaplazable un importante aumento de los mismos, objetivo que alcanzará el Gobierno socialista.

El Partido Socialista Obrero Español considera que el incremento de Jueces y Fiscales y su superior cualificación no es un objetivo que se pueda conseguir únicamente a través del sistema tra-

dicional de las oposiciones. El Gobierno, por ello, arbitrará, junto al sistema de oposiciones, otras vías que permitan el acceso a la función judicial de profesores, doctores en derecho o abogados de reconocida solvencia profesional, con los debidos controles que se establezcan por el Consejo General del Poder Judicial, a través de la Escuela de Estudios Judiciales.

Por último, es preciso insistir en que la reforma de la Administración de Justicia exigirá una potenciación del Ministerio Fiscal, así como dotar a la Administración de Justicia del nuevo personal que precisa la misma: psicólogos, psiquiatras, economistas y sociólogos, además de suficientes secretarios, oficiales, auxiliares y forenses.

#### 2.7. *Proporcionar a la Justicia medios suficientes*

Una Justicia eficaz y digna es incompatible con la falta de medios con que se encuentra su administración. La infraestructura judicial presenta unas condiciones deplorables que ofenden no sólo la dignidad de la Justicia, sino la del pueblo español, de la que ésta emana.

Hay que hacer justicia a la Justicia y, para ello, no sólo son necesarios los cambios legislativos que propugnamos; será preciso un importante esfuerzo económico nacional que ponga remedio a esta situación.

#### 2.8. *Establecer la gratuidad de la Justicia*

El Partido Socialista Obrero Español manifiesta su voluntad de proceder a la eliminación de las tasas judiciales. Consideramos que la Administración de Justicia, como servicio público de los más esenciales del Estado, deberá ser gratuita para todos los ciudadanos.

### 3. REFORMAR LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

El Partido Socialista Obrero Español considera inaplazable la profunda reforma de las instituciones penitenciarias, como parte fundamental de la reforma de nuestra Administración de Justicia. La situación actual de las prisiones resulta caótica e injusta para el recluso, para el funcionario y para el conjunto de la sociedad, como pone de relieve el hecho de que la mitad de los reclusos sean hoy preventivos en espera de ser juzgados.

El Gobierno desarrollará los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución y la Ley Orgánica General Penitenciaria, que dan una respuesta moderna y avanzada a los problemas del mundo penitenciario. Teniendo en cuenta que las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y reinserción

social del delincuente, la política socialista en materia penitenciaria se centrará, entre otros, en los siguientes aspectos:

1. Se dictará un nuevo Reglamento que desarrolle fielmente las disposiciones de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
  2. Se dará prioridad al tratamiento penitenciario.
  3. Se considerará el trabajo en las prisiones elemento fundamental del tratamiento penitenciario.
  4. Se planificará toda la política de construcción penitenciaria con la perspectiva de descongestionar los grandes centros penitenciarios.
  5. Se aumentarán las plantillas técnica, de personal sanitario, de EGB, de educadores y asistentes sociales, que con el personal ya existente configurarán la dotación necesaria para atender esta nueva política penitenciaria.
  6. Se potenciará la Escuela de Estudios Penitenciarios, que asumirá funciones de selección de personal y reciclaje del ya existente.
- Por último, el Gobierno tramitará, con carácter prioritario y urgente, aquellas reformas parciales del Código Penal que afectan a la población reclusa. Y pondrá los medios necesarios para evitar la sangrante injusticia de miles de presos preventivos en espera de ser juzgados.

### 3.1. *Reformar la Obra de Protección de Menores*

El Gobierno promoverá, entre otras medidas, la supresión de las Magistraturas Tutelares de Menores y su sustitución por Juzgados especializados e independientes que cuenten con el asesoramiento técnico indispensable.

En el plano administrativo se llevará a cabo una reforma radical de la Obra de Protección de Menores y el establecimiento de nuevas estructuras administrativas en estrecha colaboración con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

## 4. SEGURIDAD CIUDADANA

La Constitución española encomienda a los Cuerpos de Seguridad la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana.

El PSOE entiende la seguridad ciudadana como la situación social que garantiza y permite el pleno ejercicio por parte de los ciudadanos de todos y cada uno de los derechos que ostentan, tanto individuales como colectivos.

Para el PSOE los factores generadores de inseguridad no se circunscriben sólo a la delincuencia, sino que abarcan desde una mala

concepción urbanística hasta un insuficiente control de la calidad de la vida, pasando por el desempleo, el deterioro económico, y el consumismo sin límites con necesidades artificiosamente creadas por intereses económicos.

Para los socialistas la libertad y la seguridad son conceptos complementarios: la libertad permite el control de la arbitrariedad y la seguridad permite asentar la libertad.

### 4.1. *La Administración Policial*

El PSOE concibe la Administración Policial como un elemento básico de ese conjunto homogéneo-político, social y económico que contribuirá al nacimiento de un clima general de orden, tolerancia y paz.

En la actualidad, la infrautilización de la Policía, la dispersión de sus medios y la desorganización, explican el escaso rendimiento que se obtiene en relación con el costo de nuestro aparato policial, que alcanza la tasa mayor de Europa (un policía por 240 habitantes) y obligan a las personas a multiplicar los esfuerzos.

Se hace, pues, imprescindible acometer las reformas necesarias de las estructuras de la Seguridad del Estado y de los Cuerpos que tienen encomendada dicha misión.

El Gobierno abordará con rigor la racionalización de las estructuras policiales subordinando los intereses de los Cuerpos de Seguridad, al interés general de la sociedad, que reclama mayor eficacia policial con menor riesgo para las libertades individuales y colectivas.

### 4.2. *Principios básicos de reforma de la Administración Policial*

La reforma de la Administración Policial irá orientada en el sentido de la necesaria especialización de las diferentes policías estableciendo un mando funcional y una adecuada coordinación a través del Ministerio del Interior.

Los policías de paisano se ocuparán fundamentalmente de la investigación del delito y asumirán funciones referentes al crimen organizado y al terrorismo. Los policías de uniforme se ocuparán preferentemente de la prevención del delito y la presencia en la calle, de las intervenciones en caso de conflicto, tumulto, calamidad y dsgracia, así como de algunas funciones auxiliares.

Se reforzará la dependencia de la Guardia Civil del Ministerio del Interior, estudiando una reforma de este Cuerpo en función de las realidades sociales.

Se intensificará la relación de la Política del Estado y de la Guardia Civil con las policías de las Comunidades Autónomas donde exis-

tan y con la Policía Municipal, mediante las oportunas Juntas de Seguridad.

Los sistemas de selección y formación del personal serán objeto de especial atención, basándolos en criterios constitucionales; capacitándolo en criminología psicológica, sociología, derechos y libertades, y concimiento de la Constitución. Se intensificarán igualmente las enseñanzas de las técnicas específicas para el desarrollo de sus funciones.

Se procederá a la regulación de los derechos y obligaciones de los funcionarios de policía teniendo en cuenta lo específico de sus funciones, amparando el derecho de sindicación y participación en los órganos disciplinarios, no reconociéndose el derecho de huelga. Asimismo, se promulgará un código deontológico que informe su profesión basado en la Declaración de la Policía del Consejo de Europa.

#### 4.3. *La Policía Municipal*

Deberá reajustar sus funciones, pasando a ser una Policía de presencia, preferentemente preventiva y polivalente que, además de a sus actuales funciones, se dedicará al control de la pequeña delincuencia y tenderá en general a asumir la figura del policía de barrio.

Las Policías Municipales y Locales deberán coordinarse, a nivel regional, creando academias de formación y centros de dirección y asesoramientos personales, lo que permitirá obtener una sensible mejora en sus funciones y una uniformidad de criterios respecto a su selección, formación y efectividad.

#### 4.4. *Policía de las Comunidades Autónomas*

En las Comunidades que con arreglo a sus Estatutos y la correspondiente Ley Orgánica, deseen crearla, se propiciará que lo hagan sobre la base de coordinar e integrar a las Policías Municipales o Locales y mediante la transferencia de funcionarios de la Policía del Estado.

#### 4.5. *Política antiterrorista y contra la subversión anticonstitucional*

Aun cuando el fenómeno del terrorismo y el de la subversión anticonstitucional son distintos en cuanto a sus orígenes, filosofía y objetivos, no puede haber ninguna duda de su evidente interrelación. Ambos son formas de violencia política y ambos quieren destruir la democracia.

Tanto el terrorismo de extrema derecha como el de extrema izquierda, el GRAPO y el independentista de ETA, sirven hoy de soporte a la subversión anticonstitucional. Por ello, aunque el fenó-

meno terrorista es grave en sí mismo, y muy especialmente el de ETA, por la virulencia y continuidad de sus acciones y por las especiales condiciones políticas y sociales del País Vasco, su gravedad se ve multiplicada y adquiere condiciones especiales, por la presencia en España de grupos sociales que provenientes de la dictadura y deseosos de volver a recuperar los privilegios y el poder que la voluntad popular les ha negado, propician un golpe de estado haciendo continuos llamamientos a la sublevación militar.

Es, pues, necesario, para consolidar la democracia en España, luchar firmemente contra ambos fenómenos, con medidas que aun cuando puedan estar interrelacionadas tienen que ser necesariamente distintas.

La lucha contra la subversión anticonstitucional exige, fundamentalmente, la puesta en práctica de medidas que sean expresión clara y palpable de una voluntad política: la de mantener la autoridad del Estado y no permitir ninguna actividad anticonstitucional, la de que el respeto a la Ley y a la voluntad popular van a ser defendidos sin vacilaciones.

La lucha contra el terrorismo requiere, junto a esa voluntad política, una cuidada y detenida planificación con la adopción de medidas de carácter político, social, internacional y de información y operativa policial, dirigidas a conseguir el aislamiento de los terroristas, la reducción de su base social, privándoles de la cobertura nacional e internacional que les permita la preparación y realización de sus acciones y eludir la actuación de la justicia.

La requerida planificación y las medidas a adoptar han de basarse en el convencimiento de que la lucha contra el terrorismo de ETA es una lucha a medio plazo, dados los medios con que cuenta esta organización, de que el Estado no puede regatear medios humanos ni materiales para establecer su poder e imponer la Ley y la voluntad popular, y de que la planificación y estrategia necesarias se mantendrán por encima de los avatares coyunturales de la lucha antiterrorista (págs. 33 a 38).

### PROGRAMA ELECTORAL DE ALIANZA POPULAR

#### 1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

##### 1.1. *El Poder Judicial y la Administración de Justicia*

El programa de Gobierno de Alianza Popular, en relación con la Justicia, se establece a la vista del doble campo de actuación que la Constitución de 1978 ha marcado: de un lado el Poder Judicial

que funciona con autonomía plena y administra la Justicia en nombre del Rey, y de otro, el poder ejecutivo a través del Ministerio de Justicia y del Ministerio Fiscal como órgano autónomo, pero con dependencia jerárquica del propio Gobierno.

La plena separación entre el Poder Judicial «strictu sensu» y la actuación del Ejecutivo en materia judicial constituye un hecho nuevo en nuestro ordenamiento jurídico.

Se plantea el indudable problema de si un partido político debe tener un programa propio en materia de Administración de Justicia, esto es, del ejercicio del Poder Judicial. Si por un lado, recordamos que el sistema de ingreso en dicho Poder no es en modo alguno electivo (la Constitución prohíbe la mera pertenencia de los Jueces y Magistrados a partidos políticos) parece que el mínimo respeto a la independencia del Poder Judicial debería implicar una abstención programática para, de esta forma, lograr su más absoluta autonomía. Sin embargo, esta separación anteriormente aludida no significa el que el Poder Ejecutivo deba ni pueda desentenderse de los problemas que para la sociedad toda comparte una buena Administración de Justicia. Afirmada por la Constitución la autonomía total del Poder Judicial, Alianza Popular, hace este principio si bien subraya que no se ha logrado todavía en la práctica, puesto que, no se ha ultimado el desarrollo del articulado constitucional mediante las Leyes Orgánicas que lleven a la práctica dicha independencia judicial. Alianza Popular, pues, a través de este programa de Gobierno, afirma su voluntad de proceder a lograr dicho fin en el más breve plazo posible, usando para ello de la iniciativa legislativa que le compete.

Pero aun en el momento en que se alcance la independencia absoluta, el Gobierno y la oposición siempre tienen dicha iniciativa legislativa que urge poner en ejercicio en todas aquellas materias que directa o indirectamente afectan a la Administración de Justicia, cuyos males actuales acosan al ciudadano que desconfía de ella y desmoralizan a sus servidores, faltos, por lo demás, de medios adecuados a su alta función.

Precisamente en lo tocante a la distribución de los medios materiales se refiere, la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, no ha atribuido competencias al Consejo General del Poder Judicial, órgano de Gobierno de la Magistratura, y sigue siendo, por tanto y por el momento, necesaria una actuación gubernamental en este ámbito hasta que se apruebe la Ley Orgánica del Poder Judicial según las orientaciones que más tarde propondremos.

Todo ello, nos lleva a la consideración de que el programa de Gobierno de Alianza Popular, en materia de Administración de Justicia, debe dividirse en tres puntos fundamentales:

1.º) El Poder Judicial y la Administración de Justicia, tema en el que, sin perjuicio de la absoluta autonomía de la Magistratura y de su órgano de Gobierno el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno habrá de proponer las reformas legislativas encaminadas al logro de la unidad jurisdiccional, la participación popular —en qué casos y en qué medidas— en la Administración de Justicia y una modificación orgánica tal que implique la efectiva autonomía presupuestaria del Consejo General del Poder Judicial, con el natural control parlamentario, sin que sea atribución propia del Gobierno la elaboración de los presupuestos, aunque deba ser oído, a tal efecto, el Ministerio de Justicia.

2.º) La planificación técnico-política del Ministerio de Justicia, como departamento gubernamental encargado de la labor propia que el ejecutivo reserva la Constitución y, muy fundamentalmente, de las relaciones con el Poder Judicial con especial consideración a la figura del Ministerio Fiscal, como órgano de enlace y actuación ante los Tribunales, y en todo lo referente a la política penitenciaria.

3.º) El necesario desarrollo legislativo que tiene, con carácter de urgente, que promover la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y posteriormente el resto de las reformas sustantivas y procesales que se desarrollan en este programa.

Establecido lo anterior, por último se indican las medidas concretas que en la aplicación de los anteriores principios programáticos se han de llevar a cabo por el Gobierno.

El fin de esta política que se propone no es otro que restaurar la confianza popular en la Administración de Justicia. Confianza que, desgraciadamente ha descendido en los últimos años, fundamentalmente por: la falta de seguridad jurídica en materia penal, por las demoras intolerables en los procesos civiles y penales, obligando a mantener excesivo número de situaciones penitenciarias con el inconveniente que esto supone, tanto si la situación declarada es la de libertad o la de prisión preventiva, y en materia civil, significando que desde el momento de iniciación del pleito hasta su terminación, transcurre un tiempo tan largo que, por la grave y elevada inflación existente, no sólo no invita a acudir a la Justicia para resolver las cuestiones en materia económica, sino que incluso supone un beneficio económico para el incumplidor. Situación esta última que se agrava aún más en materia concursal.

## 1.2. Poder Judicial. Unidad Jurisdiccional

### A) UNIDAD JURISDICCIONAL.

La Constitución establece el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización de los Tribunales admitiendo exclusi-

vamente como excepción el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense. El principio constitucional, sin embargo, no está plenamente desarrollado, pues existen supuestos concretos (jurisdicción militar, laboral y contencioso-administrativo), donde no se ha llevado totalmente a efecto. Por ello y en cumplimiento del mandato constitucional, Alianza Popular propone las siguientes medidas:

— *Jurisdicción Militar.* La existencia del Ejército es una necesidad primaria de toda Nación. Lo que no supone contraposición alguna entre sociedad civil y sociedad militar.

El militar, profesional o eventual, se somete a un régimen especialmente riguroso que exige la existencia de una jurisdicción especializada cuya importancia radica más en las especificidades orgánico-procesales (celeridad, composición del Tribunal, ejecución de Sentencias) que en las sustantivas, sin perjuicio de que éstas, en ocasiones, exijan un rigor extraordinario.

Es por ello necesario deslindar perfectamente el ámbito entre aquellos supuestos en que es competente la Justicia ordinaria y aquellos otros en los que por razón de la materia, del lugar o del autor de los hechos, debe ser atribuida la competencia a la Jurisdicción Militar. En este sentido, Alianza Popular propone las siguientes medidas:

1.º) Elaborar un nuevo Código de Justicia Militar que sustituya al actual (de 17 de julio de 1945, modificado por Ley Orgánica de 6 de noviembre de 1980) en el que se distingan tres partes fundamentales:

- *Orgánica:* En la que se regulen la composición y funcionamiento de los Tribunales asumiendo los principios de oralidad e instancia única y permitiendo el acceso al único Tribunal existente en materia de casación (Sala Segunda del Tribunal Supremo) sólo en aquellos procesos que por su entidad lo requieran. De esta forma se consigue, dentro de la especialidad militar, el sometimiento a la jurisdicción ordinaria.

- *Procesal:* En la que las garantías constitucionales compatibles con la necesaria celeridad en la tramitación del proceso y en su caso con la ejecución de Sentencias, impidiendo toda excesiva prolongación de los procesos militares, y suprimiendo la figura del co-defensor militar.

- *Sustantiva:* En la que se delimiten la competencia de los órganos especiales, si bien sea por razón del delito, del lugar o de la persona, en los casos estrictamente necesarios, avanzado por el camino iniciado por la Ley Orgánica de 6 de diciembre de 1980 y procurando evitar la configuración de nuevos tipos penales.

— *Jurisdicción contencioso-administrativa.* Alianza Popular se propone acentuar el sometimiento del Gobierno y la Administración al principio de legalidad, limitando extraordinariamente el número de actos políticos del Ejecutivo excluidos de control jurisdiccional y atribuyendo al Poder Judicial la ejecución de las Sentencias que hasta ahora venía siendo propia de la Administración enjuiciada. En este sentido, el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser completado con una serie de modificaciones de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Muy especialmente habrá de procederse a la reforma de los procesos tributarios. El ciudadano es un contribuyente. Pero son tales los múltiples, dilatados y oscuros procesos en los que pueda defender sus legítimos intereses que cada día es más necesario y urgente dotarlo de un Código sustantivo y procesal eficaz, claro y seguro para la concreta defensa frente a la insaciable sed de tributos que la Administración moderna caracteriza.

— *Jurisdicción Laboral.* La actual regulación de las Magistraturas de Trabajo y Tribunal Central de Trabajo suponen vinculación orgánica de los Magistrados del orden laboral al Poder (Ministerio de Trabajo), a quien se confiere competencias en materia de selección, régimen disciplinario y retributivo, todo lo cual implica una vulneración del principio de unidad jurisdiccional. En este sentido, la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial suple las actuales deficiencias, siendo, por el contrario, válidas y acertadas las Leyes procesales laborales.

— *Otras especialidades.* Afirmamos la necesidad de la Audiencia Nacional para el conocimiento de aquellos hechos que, por su especial trascendencia, sustantiva o territorial, merezcan un tratamiento unificado en el sentido del Real Decreto de 1977 y de la redacción del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.

## B) PARTICIPACIÓN POPULAR.

Dos son las formas que la Constitución indica para la participación popular en la Administración de Justicia. De un lado, mediante el ejercicio de la acción popular, de honda raigambre en nuestro Derecho y acertadamente regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De otro, la institución del Jurado.

Es quizá éste uno de los puntos más controvertidos y de difícil solución. Por un lado, el Jurado aparece constitucionalmente recogido en el art. 125 en términos de gran flexibilidad que lo contempla más como una posibilidad que como un mandato constitucional. De otro, la historia del Jurado en nuestra Patria. Triste historia, que nace en el art. 307 de la Constitución de 1812, continuada en las cons-

tituciones de 1820 y 1869 y posteriores leyes y que en determinados períodos de tiempo restablecieron su aplicación.

Todo ello nos lleva a comprobar que los 42 años de vigencia del Jurado no ofrecen saldos positivos. Su doble naturaleza política y jurídica, suscitó desconfianza por el predominio de aquella concepción, vaciándose las resoluciones movidas por las creencias ideológicas de sus componentes.

No quiere, sin embargo Alianza Popular privar al ciudadano español del ejercicio de este derecho, pero sí desea que se tenga en cuenta su atormentada historia para evitar caer de nuevo en anteriores errores. Por ello, se propone la regulación de la institución del Jurado en virtud de una Ley especial, distinta de las Leyes ordinarias de Enjuiciamiento. Y en la que, en un primer momento, se limiten aquellos procesos penales en los que sea competente, procurando avanzar por medio de una experiencia piloto, que, en el supuesto de resultar positiva (lo cual ciertamente es previsible por haber desaparecido la carga negativa de analfabetismo y caciquismo que le hicieron fracasar en anteriores ocasiones) implica la progresiva extensión a otros procedimientos penales, aunque y ello es fundamental, siempre con carácter voluntario para el justiciable.

#### C) MODIFICACIONES ÓRGANO-PROCESALES.

Para alcanzar las anteriores aspiraciones es necesaria la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es ésta una urgentísima medida, que Alianza Popular, se propone como inmediata y urgente para la nueva legislatura.

Dada la imposibilidad constitucional de acudir al más rápido sistema de Ley de Bases y para evitar mayores dilataciones, Alianza Popular proyecta que se proceda a la discusión del proyecto actualmente en las Cortes introduciendo las modificaciones indicadas por el Consejo General del Poder Judicial en su totalidad y suprimiendo de su articulado todos aquellos puntos que, por no merecer el rango de la Ley Orgánica, posibilitan su ulterior regulación, bien sea por Ley ordinaria, bien reglamentariamente.

Específica y concretamente en materia de presupuestos y dotación económica, Alianza Popular asume como suya la propuesta del Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que sea este órgano, en su calidad de suprema entidad de Gobierno de la Magistratura, quien elabore sus propios presupuestos y los presente y defienda ante las Cortes Generales articulando un sistema de responsabilidad y la ulterior intervención del Tribunal de Cuentas. De esta forma, se conseguiría un gran adelanto en orden a la debida separación entre el ejecutivo y el Poder Judicial para mayor garantía de la independencia de este último.

El cauce adecuado para llevar a cabo esta propuesta es, como ya ha indicado el Consejo General del Poder Judicial, su introducción en el articulado del proyecto de Ley Orgánica.

Se propone igualmente, la derogación de la Ley de Conflictos jurisdiccionales de 7 de julio de 1948, en el sentido de no reservar a la Jefatura del Estado la resolución de los conflictos planteados entre los distintos Poderes del Estado y de acuerdo con los principios constitucionales sea el propio Tribunal Constitucional o una Sala de Conflictos de composición mixta administrativo-judicial, quien entienda de estas materias.

Alianza Popular considera necesario destacar como muy importante el aumento de la plantilla de los funcionarios del Poder Judicial, y la dotación de medios idóneos para la Oficina judicial. Dentro del limitado campo de actuación que el Gobierno tendrá una vez que se alcance la autonomía propuesta, Alianza Popular quiere que conste que el Poder Judicial recibirá todo su apoyo, económico y político en la necesaria dignificación de la Administración de Justicia y del personal a su servicio de todo orden con la correspondiente y adecuada dotación presupuestaria. Y así lo tendrá presente la mayoría parlamentaria que, en su caso, respalde al Gobierno de Alianza Popular.

#### D) EL MINISTERIO FISCAL.

La reciente aprobación por las Cortes del Estatuto del Ministerio Fiscal desaconseja cualquier reforma al respecto. Por otro lado, el Estatuto de 1981 ha sido bien acogido, pero las actuales deficiencias no se solucionan con reformas legislativas.

De las dos posibilidades básicas de orientación del Ministerio Fiscal, la judicial, órgano dependiente del Poder Judicial, y la gubernativa, órgano autónomo pero con dependencia jerárquica del ejecutivo; el legislador de 1981 se inclinó por la segunda, más por exigencia constitucional que por propia voluntad. Es ahora el momento en que el Gobierno ha de desarrollar al máximo las posibilidades del órgano encargado de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. En este sentido, se proponen las siguientes medidas.

— Urgente promulgación del reglamento del Ministerio Fiscal en cumplimiento de la disposición final primera del Estatuto de 1981.

— Dotación presupuestaria a través del Ministerio de Justicia que permita: un necesario aumento de la plantilla, y a una dotación digna en cuanto a instalaciones, y suficiente en cuanto a personal técnico y auxiliar.

—Intensificar la actuación del Fiscal en el proceso penal con una más pronta actuación en las actuaciones y con efectiva dirección de la policía judicial que permita una investigación autónoma de los hechos sin llegar a encomendar exclusivamente al Ministerio Fiscal la investigación lo que supondría crear una infraestructura paralela a la que los Juzgados de Instrucción deben tener.

— Una prudente regulación del régimen de ascenso a la categoría de Fiscal por parte de los Abogados Fiscales de Ascenso, respetando los derechos adquiridos de los que lo eran en el momento de entrada en vigor del Estatuto e imposibilitando que puedan verse relegados en el escalafón.

Con todo lo anterior, se conseguirá que el Gobierno dé ejemplo de eficacia, dotación y organización concibiendo al Ministerio Fiscal no sólo como órgano de enlace entre el Gobierno y el Tribunal, sino, más ampliamente, entre los Tribunales y los restantes poderes del Estado.

#### E) PLANIFICACIÓN TÉCNICO-POLÍTICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

Alianza Popular tiene programada una planificación técnico-política del Ministerio de Justicia en el ejercicio de su función propia dentro de la Administración del Estado.

La plena configuración del Poder Judicial como un poder autónomo del Ejecutivo, no debe suponer una falta de atención al Ministerio de Justicia, que, como departamento ministerial, ha de ejercer su función propia dentro de la Administración del Estado.

En esta dirección Alianza Popular programará la planificación técnico-política del Departamento en cuanto a competencias de asesoramiento jurídico en aras de la economía procesal, evitando impugnaciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa o ante el propio Tribunal Supremo.

Es también proposición mantenida por Alianza Popular una superior consideración de la Comisión General de Codificación como órgano pre- y post-legislativo potenciando su función y posibilitando, mediante las oportunas compensaciones económicas a sus miembros, hoy prácticamente inexistentes, una dedicación más asidua y efectiva de sus componentes.

La separación del Poder Judicial y el Ejecutivo no priva a éste de determinadas funciones en el orden administrativo. En primer lugar, hasta que se apruebe el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, y, por tanto, la total independencia de éste, el Ministerio tiene que seguir actuando en aquellas parcelas que aún no son competencia del Consejo General del Poder Judicial y, después, en el aspecto

funcional, ha de canalizar la actividad del Ministerio Fiscal como órgano de comunicación con el Gobierno.

Específicamente, además, debe extender su competencia en materia penitenciaria en los términos que se propondrán más adelante.

Además de las relaciones del Gobierno de la Nación con las Comunidades Autónomas, el Ministerio de Justicia ha de desempeñar un primordial papel de un doble aspecto; en relación con la propia actividad del Ejecutivo cuidando de evitar ulteriores impugnaciones de sus decisiones ante el Tribunal Constitucional, a través del asesoramiento previo que marque un camino escrupulosamente constitucional, y en relación con las decisiones de las Comunidades Autónomas, elaborando informes sobre su competencia constitucional y conveniencia de su impugnación ante el Tribunal Constitucional en su caso.

El asesoramiento del Ministerio puede aplicarse a los proyectos de Ley, los que, en su caso, pueden igualmente ser informados por el Consejo de Estado.

Con las anteriores medidas, que no son sino un esbozo del diario quehacer que habrá de tener el Ministerio de Justicia, se logrará una mayor eficacia de éste.

Dentro de la planificación técnico-política de este Ministerio, ocupa un lugar primordial la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. La reciente promulgación de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario de 1981, no ha resuelto en contra de la previsión de sus autores los principales problemas carcelarios. Y ello no ha sido por la deficiencia de la Ley (que en algunos puntos lo es), sino porque la reforma de las cárceles españolas requiere una agilidad constante por parte del Ministerio, que en modo alguno se limita a la promulgación de textos legales como parecía entender el anterior ejecutivo.

Los problemas principales que se plantean son:

- Denigrante situación humana y de habitabilidad de los presos.
- Largos procedimientos judiciales que dilatan la situación de prisión preventiva.
- Falta de autoridad en el gobierno de las cárceles, que las convierten en fábricas de delincuencia, con la existencia, prácticamente institucionalizada, de mafias, tráfico de drogas y armas, abusos sexuales, etc.
- Falta de seguridad tanto interna (para los funcionarios de prisiones y los propios presos no pertenecientes a las organizaciones mafiosas) como externa (frecuentes intentos de fugas y bastantes consumadas).
- Insuficiente número de establecimientos penitenciarios, de plazas y de funcionarios que provocan la masificación.

El régimen democrático y de libertades, como era previsible, aunque haya constituido sorpresas para algunos, ha aumentado el número de infracciones delictivas, en el orden común, por razón de la pérdida del sentido de autoridad del Estado.

La situación está ahí y dos son los caminos para afrontarla. Uno, el más fácil y rápido: el indulto. Esta vía que es absolutamente inconstitucional en razón de que el art. 62-i) de la Ley Fundamental prohíbe los indultos generales, ha sido repetidamente defendida desde posiciones políticas extremistas y, naturalmente, por las coordinadoras de presos. Lo cual ciertamente no es extraño. Sí lo es, y mucho, el que haya sido la solución adoptada por el Gobierno remitiendo a las Cortes un proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal consistente en un indulto encubierto al que nos referimos en otra página. Ni que decir tiene que si de esta forma queda solucionada la masificación de las cárceles, la seguridad ciudadana sufriría un quebrantamiento de imprevisibles consecuencias.

La otra vía, la defendida por Alianza Popular, pasa a través de un camino lento y costoso, pero de indudable eficacia y sin deterioro de la tranquilidad ciudadana ni de la autoridad del Estado.

Alianza Popular propugna combatir la situación en las cárceles desde sus raíces. En primer lugar, hay que reducir el excesivo número de presos existentes. Pero no a través de indultos, sino agilizando los procesos penales y declarando urgentes todos aquellos en que exista algún preso en la causa. A los Tribunales y especialmente al Ministerio Fiscal se les exhortará la agilización de las causas, para lo que se hace necesario completar las dotaciones que en otro capítulo recogemos.

En segundo lugar, es necesario recuperar la autoridad en el interior del centro penitenciario y la autoridad no, naturalmente, del grupo de presos más fuerte, sino de los funcionarios de prisiones para lo que se propone una más cuidada selección en la agrupación de reclusos, evitando la constitución de bandas internas.

La existencia de distintos tipos de cárceles puede reducir las fugas remitiendo a las de «máxima seguridad» a los que tengan antecedentes en tentativas de quebrantamiento de condena.

Por último, Alianza Popular propugna soluciones de generosidad dentro del rigor y la autoridad. Así, una nueva regulación del cumplimiento de las penas cortas, permisos de fin de semana, situaciones de régimen abierto y otros beneficios que, regulados como discrecionales, supongan un objetivo a alcanzar por el recluso mediante la buena conducta y no un derecho adquirido. Igualmente, entiende Alianza Popular que el primer delito, hasta un máximo de pena, no

debe suponer el ingreso en una escuela de criminalidad como una cárcel española.

Con lo expuesto y continuando en la idea de crear tantos centros penitenciarios como sean necesarios, con el necesario aumento de plantillas, en un plazo no muy lejano puede verse resuelta una de las principales angustias de la sociedad española.

— *Desarrollo legislativo.* Es claro que en cumplimiento estricto del mandato constitucional, Alianza Popular propondrá con carácter prioritario, un nuevo texto de Ley Orgánica Electoral.

Si nos atenemos a consideraciones estrictamente jurídicas entre las medidas que hemos enumerado como urgentes para un eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia se ofrecen con carácter prioritario la reforma de determinadas Leyes Orgánicas Procesales.

Pero, además, existen numerosas disposiciones legales cuyo contenido es necesario adaptar a la Constitución y a las necesidades actuales. Entre ellas se encuentra en lugar muy destacado la promulgación del Código Penal, que para Alianza Popular debe hacer especial hincapié en todo lo tocante a las nuevas formas de criminalidad (temas como delitos para la salud pública, económico-fiscales, aborto, etcétera).

a) *Reforma de las Leyes Orgánico-Procesales.* Si prescindimos del Código de Justicia Militar, sobre cuya actualización o sustitución dejamos antes expuesto nuestro criterio, son fundamentales tres cuerpos legales de urgente modificación. En primer lugar y con carácter preferente la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870. Posteriormente, los Códigos Procesales Civil y Penal, ambos, centenarios y de distinta consideración.

Por lo que se refiere a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, nos remitimos a lo anteriormente expuesto en cuanto a su actualización conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitando aquellos actos políticos del Gobierno exentos de responsabilidad ante los Tribunales y dotando a la Administración de Justicia de la facultad de ejecutar sus propias sentencias. En lo que a la Ley de Procedimiento Laboral respecta, dada la fecha de promulgación y el carácter breve y oral del procedimiento en ella regulado, no parece necesaria su modificación.

El proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial se encuentra en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Debido a que su remisión a la Cámara data de fecha anterior a la Constitución del Consejo General del Poder Judicial, este Organismo no pudo emitir el informe preceptivo previsto en el art. 3 de su propia Ley Orgánica. Alianza Popular propugna asumir las reformas indicadas con posterioridad por el Consejo General del Poder Judicial, pues nadie mejor

que los Jueces, y por ello su Organó de gobierno, pueden conocer los problemas de la Justicia.

También Alianza Popular aprecia la urgencia de redactar dos nuevos Códigos Procesales.

De la Ley de Enjuiciamiento Criminal existe un anteproyecto remitido por el Ministerio de Justicia al Consejo del Poder Judicial para su dictamen que pueda ser discutido y aprobado en la inmediata legislatura. En él se regularán, como exige la Constitución, el procedimiento de «habeas corpus» y las garantías constitucionales del inculpado. Alianza Popular considera que la reducción a dos de los cuatro procedimientos actuales, uno ordinario y otro de urgencia, supondrá una mayor agilización en los procesos con la consiguiente reducción de las situaciones preventivas que producen saturación de las cárceles, en el caso de que esté decretada la prisión, e inseguridad ciudadana cuando es la libertad provisional lo acordado.

La regulación del Jurado es aconsejable remitirla a una Ley específica, como ya se ha indicado.

Por lo que respecta al futuro Código de Enjuiciamiento Civil, su estudio requiere un período mayor de tiempo y, dado el carácter técnico-procesal de su contenido, Alianza Popular propone el siguiente método:

1.º Reforma inmediata y urgente de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, adaptando las cuantías de los procesos en el sentido indicado por el Consejo General del Poder Judicial.

2.º Elaboración de una Ley de Bases de un futuro Código de Enjuiciamiento Civil que permita a la Comisión General de Codificación, iluminada por la doctrina, la redacción de un texto que articule los procesos civiles durante otros cien años.

Por lo que se refiere al desarrollo de las Leyes sustantivas hay que referirse a la frustrada operación de la anterior legislación de aprobar un nuevo Código Penal. La mala acogida del proyecto del Gobierno por parte de la praxis y de la doctrina ha llevado a paralización y ha obligado al Gobierno a la remisión a las Cortes de un proyecto de reforma parcial del actual Código Penal. Alianza Popular, en relación con el tema, propone:

1.º Discusión y aprobación urgente del proyecto de Ley de Reforma parcial del Código Penal adaptando el texto a la Constitución y modificando el proyecto del Gobierno, que no es otra cosa que encubrir un indulto general, por otra parte prohibido por la Constitución, mediante el sistema de rebajar las penas con efecto retroactivo.

2.º Reconsideración con especial atención a la aportación de la doctrina y a la práctica jurídica, del futuro Código Penal del que como puntos destacamos se incluirían:

— Mantenimiento como figura delictiva al aborto en cualquiera de sus modalidades, e incidiendo la penalidad sobre conductas secundarias y muy especialmente sobre el autor material del aborto, más que sobre la propia madre.

— Reconsideración de los delitos contra la propiedad en el sentido de agravar el uso de la violencia, armas, intimidación, extorsión, etc., sobre los hurtos o robos con fuerza en las cosas, independientemente del valor del objeto robado.

— Especial persecución de la pertenencia, ayuda o información a bandas terroristas, sin posibilidad de arrepentimientos que supongan excusas absolutorias más o menos encubiertas.

— Creación de nuevos tipos penales en materia de salud pública y medio ambiente, y extensión de la protección penal que actualmente se atribuye al cheque o la letra de cambio, como instrumento crediticio o de circulación de valores.

Se intentará así que, la seguridad ciudadana, que lamentablemente se ha deteriorado en los últimos años, vuelva a ser alcanzada.

Por lo que se refiere a otras materias jurídicas (redacción de un nuevo Código de Comercio, Código de Sociedades, Ley de la Letra de Cambio, con posibilidad de domiciliación bancaria con carácter ejecutivo que abarataría los costes. Ley de Orden Público en materia de seguridad ciudadana, Código Civil en materia de contratos, tutela, adopción y sucesiones), son aspiraciones que Alianza Popular, en la venidera o sucesivas legislaturas tiene intención de llevar a buen puerto, pero no por su propia incidencia, con carácter prioritario.

Especialmente queremos hacer referencia a la proposición de Ley presentada por Alianza Popular de modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos que intenta la necesaria armonización entre los intereses de los propietarios y de los inquilinos. Por un lado, fomentando la inversión en viviendas de forma que sea rentable conforme al aumento del coste de la vida y, de otra, respetando la situación de los habitantes de las viviendas que, sin proteger situaciones injustas, respete la necesidad de una vivienda como primaria para todo ciudadano.

No podemos terminar este capítulo sin una especial referencia a la protección a la familia que Alianza Popular propugna en el campo penal, civil y fiscal. Penalmente, con la tipificación expresa y rigurosa del aborto, así como del delito de abandono de familia. Civilmente, autorizando la intervención judicial en todos los casos de desamparo de un menor o cónyuge en inferioridad de condiciones. En materia fiscal queda ya recogido en otro apartado. Todo ello se logrará, en primer lugar, con la aprobación de la Ley de Bases de la Familia presentada por Alianza Popular en la anterior legislatura

y tendrá como consecuencia la adopción de las medidas indicadas, que restablecerán la seguridad jurídica de la institución más fundamental y básica de nuestra sociedad que hoy está fuertemente atacada por sucesos como el aborto, divorcio, gravámenes fiscales, enseñanza y otros que, desde una posición respetuosa con la libertad del individuo, puedan ser atajados por un Gobierno fuerte, que imposibilite la escuela única, el desamparo de los hijos o del cónyuge, otorgue beneficios fiscales en todos los aspectos a los matrimonios jóvenes y al nacimiento de los hijos, sin volver a una legislación anterior que, no por ser más restrictiva era más protectora (págs. 75 a 88).

#### ORDEN PUBLICO Y SEGURIDAD CIUDADANA

La Constitución Española de 1978, proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la legalidad vigente conforme a un orden económico y social justo, y consolidar un estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Estamos inmersos, en la construcción de un Estado legítimo; pero aquél no lo será si no garantiza la seguridad interior y exterior, el desarrollo económico y la justicia social. Estas dos últimas funciones no se pueden cumplir si falla la primera: sin orden no hay libertad, ni prosperidad, ni justicia.

No estamos dando prioridad al orden sobre la justicia y a la seguridad sobre la libertad. Muy al contrario: porque deseamos la libertad y la justicia, demandamos el orden, sin el cual no son posibles.

Somos conscientes de que el orden público no es un fin en sí mismo, pero sí un medio indispensable para que se cumplan los fines sociales en general.

Para Alianza Popular, el orden público supone una terminante declaración de fe en el futuro de España.

El empobrecimiento del país, el desorden y el temor, el paro creciente, la carencia de programas concretos para protección al niño, a la juventud, la frecuente confusión en el respeto a las libertades, la prodigalidad de determinados comportamientos colectivos y la persistencia del terrorismo evidencian que el ciudadano español no goza de la seguridad mínima por:

— Insuficiente instrumentación legal.

— Ineficacia de los sistemas y métodos aplicados.

Alianza Popular considera que sin una garantía que formalice el normal desarrollo de una sociedad moderna en todos los niveles y

dé confianza al ciudadano, no puede evolucionar ninguna reforma y se resta posibilidad al progreso que, necesariamente, condiciona nuestro programa.

Alianza Popular condena, como grave atentado contra la autoridad y el prestigio del Estado, cualquier tipo de negociación con el terrorismo al que pretende eliminar.

#### 1. *Con carácter general, Alianza Popular se propone:*

— La tecnificación y especialización más perfecta de las fuerzas de seguridad.

— Redistribución territorial de efectivos y medios en atención a las características sociológicas (zosas urbanas y rurales).

— Plan informativo y de comunicación que integren los medios existentes y los potencien.

— Revisión del Código Penal, para adaptarlo a las nuevas condiciones sociales, y del proceso penal para agilizar el procedimiento.

— Reforzamiento y ampliación de plantillas de Jueces y Magistrados, Secretarios y Oficiales de Juzgados y de todo el personal de la Administración de Justicia.

— Reconsideración y reforzamiento de la colaboración general y, particularmente operativa, con los países europeos, más especialmente fronterizos, en materia antiterrorista.

— Soluciones políticas y de acción ante el terrorismo.

En el programa de Alianza Popular, estudiadas las condiciones políticas y sociológicas sobre las que se asienta nuestra sociedad, se consideran fundamentales, para el logro de las garantías mínimas del bienestar social, el restablecimiento de la moral de las Fuerzas de Orden Público, la lucha contra la droga y la delincuencia juvenil.

#### 2. *Fuerzas de Orden Público*

El restablecimiento de la moral de las Fuerzas de Orden Público es condición indispensable para que su misión sea cumplida con eficacia.

Alianza Popular gobernará, en materia de Orden Público, en comprometida solidaridad con las mismas, y hará de la defensa de su prestigio y de su buen nombre una seria cuestión de Gobierno. Alianza Popular, en una situación de tan grave agresión terrorista y de tan acusado crecimiento de la delincuencia, de las que aquellas fuerzas son las primeras y más sufridas víctimas, no permanecerá impasible ante las campañas que, con el fin de destruir la confianza ciudadana, pretenden presentarlas negativamente.

La política de personal se inspirará en el equilibrio de las planti-

llas con los servicios. Se incrementará la acción social y el estímulo de la vida cultural, deportiva y de esparcimiento, con las dotaciones e instalaciones materiales y profesionales precisas para ampliar el horizonte espiritual e intelectual de sus miembros y sus familias.

Se cumplirán las previsiones del artículo 104 de la Constitución mediante una Ley Orgánica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que se inspirará:

— En el respecto a la naturaleza militar de la Guardia Civil, adecuando su funcionalidad y operatividad en el campo policial a sus tradicionales y peculiares misiones de policía judicial, rural, fiscal, de tráfico y de custodia o guardia especial.

— En asegurar tanto la estructura orgánica civil como la libertad sindical del Cuerpo Superior de Policía, para el mejor desempeño de sus principales misiones informativas e investigadoras del delito.

— Y en afirmar la naturaleza civil, y coordinar los fines y actividad del Cuerpo de la Policía Nacional con su estructura orgánica y disciplina de carácter militar.

Estas normas, permitirán el adecuado complemento y coordinación con las policías de ámbito regional y local, dentro de la debida prevalencia de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado.

Por último, la Policía Judicial se constituirá específicamente con independencia de la naturaleza genérica que tengan los integrantes de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado que en ella se integren, como unidades o fracciones de éstas, especializadas en la previsión del delito, bajo la dependencia del Ministerio Fiscal.

### 3. *Lucha contra la droga*

La Ley de Estupeficientes no ha sido desarrollada, ni promulgado su Reglamento. Igual sucede respecto al incumplimiento de otras disposiciones que, bien por incoordinación y/o aplicabilidad no han sido útiles en la solución de este grave problema. Estamos asistiendo al resquebrajamiento de una tradicional ética de comportamientos. Alianza Popular cree que el principio de autoridad es incuestionable en todos los órdenes. No ha existido una línea de acción decisiva en la lucha contra la droga, mientras el problema se hace cada vez más amenazante y complicado. Alianza Popular basa su programa en tres vertientes:

- Producción de drogas en España.
- Tráfico ilegal.
- Modificaciones legislativas.

En relación al primero, en muy corto plazo nos proponemos regular:

- La prescripción y dispensación de psicotrópicos mediante receta oficial, mejorando su formato a efectos de mejor control.

- Regulación y control de las plantaciones de especies de posible utilización como fuente de estupeficientes, previa información al agricultor y con su representación en la redacción de la planificación.

- Vigilancia, inspección y control de laboratorios, almacenes, oficinas de farmacias y de los transportes.

- Información y formación continuada de las profesiones sanitarias y del consumidor.

- Control del comercio exterior sobre materias primas de posible uso en la fabricación de estupeficientes y psicotrópicos.

En relación al tráfico ilícito nos basamos en:

- Montaje de estructura informativa coordinada, que permita mayor operatividad.

- Adecuación a las normas internacionales y desarrollo total de las competencias de la Brigada Central de Estupeficientes considerada como servicio nacional.

- Coordinación y potenciación entre las direcciones generales competentes en la vigilancia del tráfico ilícito.

Respecto a las modificaciones legislativas, se impone:

- Nueva Ley de Estupeficientes.

- Con carácter de urgencia promulgación de disposiciones que neutralicen la falta de la aplicación reglamentaria de la vigente Ley de Estupeficientes.

- Modificación del Código Penal.

### 4. *Delincuencia juvenil*

No sólo en cuanto afecta al orden público, sino por cuanto supone de relajación moral en nuestra sociedad, Alianza Popular le preocupan los comportamientos antisociales y delictivos de los jóvenes y de los menores.

En nuestro programa perseguimos dos objetivos:

— Proteger a la sociedad de la delincuencia juvenil.

— Restituir a los menores y jóvenes delincuentes a la sociedad con responsabilidad y respeto a la Ley.

Obvio es afirmar que las medidas han de iniciarse antes del comienzo de la vida delictiva y de muy distinto modo, una vez comenzada la delincuencia.

Alianza Popular establecerá para el mejoramiento de la actual situación medidas a corto, medio y largo plazo.

Respecto a las dos primeras clases de medidas proponemos:

— Ley de Protección del menor, que comprenda, no sólo la protección, sino también la regulación de los aspectos jurisdiccionales.

— Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, posibilitando la actuación de la policía especializada en determinadas circunstancias.

— Creación de centros para menores delincuentes de complicada y difícil recuperación, al menos uno por provincia, completándose así la insuficiente red actual.

— Creación de grupos especializados de Policía, con plantilla suficiente y distribución territorial por distritos provinciales.

— Intensificación de la lucha contra la droga con las normas expuestas anteriormente.

##### 5. Medidas a largo plazo

Alianza Popular cree igualmente que, para la restauración de la seguridad ciudadana, es necesario dignificar y elevar la moral de los Cuerpos de Policía y Guardia Civil, para lo que resulta imprescindible la mejora de las condiciones y dotaciones de los servicios, un clima de cooperación ciudadana, reconocimiento popular a la labor de las Fuerzas de Orden Público, ayuda y protección a las viudas y huérfanos de los funcionarios muertos a causa de la delincuencia y del terrorismo, asunción de las legítimas reivindicaciones de los citados Cuerpos tienen pendientes y adopción conjunta de medidas policiales, políticas y sociales.

Como medidas a largo plazo se proponen:

— Mejora de los sistemas educativos, orientados al mejor desarrollo de la personalidad del joven para su perfecta integración social.

— Robustecimiento de la unidad familiar, según las líneas que figuran en otro lugar de nuestro programa.

— Establecimiento de centros culturales y deportivos, y promoción del deporte juvenil.

— Especial atención al paro juvenil y promoción de una adecuada política de ocio y tiempo libre.

Alianza Popular, a través de su política de Orden Público y de gobierno revestirá al Estado democrático de la autoridad que puede caracterizarlo como un verdadero y eficaz Estado, en una Nación de una voluntad popular que hoy, mayoritariamente, clama por la seguridad ciudadana en toda España.

Por último, Alianza Popular se pronuncia por una afirmación clara de que la autoridad será ejercida sin titubeos, sin excusas y sin defectos para restablecer el orden y la paz, y procederá, sin ambigüedades, contra el terrorismo de cualquier tipo, cuya erradicación compromete a todas las fuerzas políticas y sociales (págs. 171 a 176).

## BIBLIOGRAFIA

### RECENSIONES

WALTHER J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1981, segunda edición, 589-XXVI págs.

El artículo 64 de la Constitución Federal Suiza reserva a la competencia de la propia Confederación todo lo relativo a las diversos sectores del Derecho Civil y remite a los Cantones los temas de la organización judicial, procedimiento y administración de justicia, salvo excepciones. El resultado es una Ley Federal de Procedimiento Civil y 26 Códigos de procedimiento cantonales, aparte, claro está, de los preceptos con trascendencia procesal recogidos tanto en la Constitución Federal, como en las Constituciones cantonales. Una situación tal en el punto de partida, como señala el autor, no facilita el papel de la doctrina, ni anima a escribir obras de síntesis. De aquí que no abunden ciertamente las exposiciones compendiosas de Derecho Procesal civil suizo, y, si no, basta repasar la bibliografía citada por el autor en la página 32.

El Profesor Walther J. HABSCHIED, Profesor de Derecho Procesal en las Universidades de Würzburg (Alemania Federal) y Ginebra (Suiza), ha tenido el coraje de no dejarse arredar por esta situación legislativa y el fruto de su trabajo se ha plasmado en este *Droit judiciaire privé suisse*, que alcanza ahora la segunda edición.

Para empezar digamos que un trabajo como el presente sólo podía acometerse con un método comparatista. La utilidad de una obra sobre el derecho procesal suizo sólo se logra en la medida en que se hace referencia a cada una de las leyes procesales cantonales. De lo contrario, nos encontraríamos con un ensayo, valioso tal vez desde el punto de vista dogmático, pero sin interés para los que en definitiva utilizan el instrumento procesal. Ahora bien, ello también comporta un riesgo grande: el perderse exponiendo las minucias de los ordenamientos particulares hasta extraviar el hilo de las grandes líneas del sistema procesal suizo. El difícil equilibrio entre ambas tentaciones metodológicas es, sin duda, uno de los grandes méritos de la obra. La lectura de ésta proporciona una armónica visión de conjunto sobre el esquema del proceso civil suizo, en sus diversas fases.

El método comparatista tenía aquí otra dificultad adicional. Se trataba de escribir una obra por un Profesor de formación y tradición germánica sobre un sector del ordenamiento suizo cuyos esquemas doctrinales e incluso la terminología científica no eran en todo coincidentes con los alemanes. El gran reto con que se ha enfrentado HABSCHIED es el de exponer el Derecho Procesal suizo utilizando las categorías clásicas acuñadas por la moderna ciencia procesal. De aquí que con frecuencia se introduzcan entre paréntesis en el texto redactado en francés la versión alemana de las categorías procesales. El resultado es que la obra queda engarzada así en la tradición de la moderna doctrina procesal.

Finalmente, en muchos capítulos, se efectúan referencias al Derecho Comparado, limitadas a los sistemas francés, italiano, alemán, inglés y de algunos países del Este.

La obra se inicia con un estudio de la noción de proceso, concebido como relación jurídica, y del Derecho Procesal, que se sitúa en una posición claramente dualista frente al derecho material. Luego se desarrollan los capítulos clásicos que uno espera encontrar en un Derecho Procesal civil, limitado al llamado proceso declarativo: la organización de los Tribunales y su competencia, la teoría de las partes y de los terceros, la iniciación y desarrollo del proceso y sus principios, pasando por los medios de prueba, hasta llegar a la sentencia y al efecto de cosa juzgada. Finalmente se estudian los recursos. Como es habitual en los manuales alemanes se incluye en la obra el estudio del arbitraje y, como colofón, un breve anexo sobre la ejecución forzosa cantonal.

Cada uno de los capítulos está construido rigurosamente desde el punto de vista dogmático y contiene útiles y abundantes referencias bibliográficas. Pero son de destacar dos novedades expositivas: En muchos casos, la explicación dogmática arranca de varios ejemplos prácticos que se exponen previamente para introducir los problemas. De esta manera se está insistiendo en la innegable vocación operativa del Derecho Procesal. Por otro lado, la exposición se cierra con unos breves resúmenes que condensan en apretada síntesis los temas tratados y que son útiles para fijar los conceptos. El resultado es una obra valiosa tanto desde el punto de vista doctrinal, como por su vocación pedagógica.

Francisco RAMOS

ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *El Juez. Sus deberes y facultades*. Los derechos procesales del Abogado frente al Juez, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, 334-XIX págs.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO (Juez de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Profesor titular de Derecho Procesal Civil y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Director de la «Revista de Estudios Procesales» y codirector del diario «Juris», Secretario General del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Secretario General permanente del Instituto Argentino de Derecho Procesal, Secretario de la Academia Argentina de Derecho y Vicepresidente de la Asociación de Prensa Jurídica Argentina) ha recogido, en esta obra, una verdadera enciclopedia de los deberes y facultades del Juez en el proceso civil. Con una lógica rigurosa, ha llegado a sistematizar inflexiblemente más de medio centenar de deberes y la mitad de dicha cifra de facultades de las que dispone un Juez en el proceso civil, a la luz del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. El interés de la obra radica no sólo en el extenso catálogo de problemas examinados, sino también en la finalidad perseguida por el autor de proporcionar soluciones operativas para la práctica. No en vano, como indica ALVARADO, todo lo que constituye «deber» para los jueces se convierte, automáticamente, en «derecho» para las partes y sus abogados.

La obra se estructura en dos partes bien diferenciadas, construidas en torno

a los conceptos de deber y facultad, respectivamente, Para ALVARADO, *deber* «es el imperativo jurídico que ordena una conducta positiva o negativa del Juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad» y *facultad* «la aptitud, poder o derecho para hacer alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función». Mientras que en los primeros no hay actividad volitiva del Juez, en la segundas, su efectivo ejercicio depende de la volición del Juez (pág. 9).

Los deberes del Juez, según el autor, pueden ser fundamentales (esenciales y legales) y procesales (de dirección, de resolución y de ejecución). Aparte de los deberes clásicos, atribuidos a la función jurisdiccional, como por ejemplo la independencia o la inmediación, el autor contempla otros muchos a los que hasta el presente no siempre se les había otorgado un verdadero tratamiento dogmático, por más que muchas veces su observancia constituyera un auténtico clamor popular. Así, por ejemplo, el decoro, el deber de asistencia al despacho, concentrar las diligencias procesales, señalar los defectos de las peticiones de las partes antes de darles trámite, o resolver dentro de los plazos legales, son otras tantas muestras de los variados problemas suscitados por el autor bajo la perspectiva de un deber jurisdiccional.

En menor número que los deberes se examinan en la obra las facultades del Juez, que pueden ser ordenatorias, conminatorias, sancionatorias y decisorias. También aquí el catálogo de problemas supera los tratamientos habituales del tema, como por ejemplo, al tratar de las facultades del Juez de tomar medidas tendentes a evitar la paralización del proceso, o disponer la comparencia personal de las partes para intentar conciliación o requerir explicaciones, u ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos.

En ambas partes de la obra, la labor de ALVARADO no se limita, como se ha dicho, a la exposición del problema desde el punto de vista dogmático. Por el contrario, en cada caso, se extraen las consecuencias prácticas de la inobservancia de un deber por parte del Juez, o de la extralimitación en cuanto al ejercicio de una facultad judicial y los remedios que pueden utilizarse para corregir tal exceso.

La obra está escrita, además de con bella prosa, con amenidad, en una perfecta conjunción entre literatura y derecho, lo que hace que su lectura sea no sólo científicamente provechosa, sino también placentera.

Francisco RAMOS

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Río de Janeiro, 1982, Ed. Forense. 5.<sup>a</sup> edición, VIII-472 págs.

Esta obra de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro y Magistrado del Tribunal de Justicia de dicho Estado, ha llegado ya a su quinta edición en poco más de cinco años. Este hecho basta por sí solo para constatar el éxito del libro, refrendado largamente por el público. El secreto de la obra radica, a mi entender, en haber sabido aunar una excelente claridad expositiva y sistemática junto con una riqueza de contenido, que ha permitido al autor compendiar en pocas páginas el proceso civil brasileño.

El libro se apoya fundamentalmente en el Código Procesal Brasileño de 11 de enero de 1973. BARBOSA MOREIRA, que tiene tras de sí una brillante e impor-

tante obra procesal (*Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, 1967; *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis*, 1968; *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*, 1971; *Litisconsórcio Unitário*, 1972; *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, 1974; *Temas de Direito Processual*, 1977; *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, 1979; *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, 1980) ha renunciado en esta ocasión expresamente a plantear los grandes temas dogmáticos del proceso, para ceñirse a una exposición práctica y concisa de las reglas procesales brasileñas. Ello no obstante, en cada capítulo puede descubrirse la profesión doctrinal del autor respecto de los principales temas procesales.

La obra se estructura en tres partes dedicadas, respectivamente, al proceso declarativo, de ejecución y cautelar. En la primera parte se estudia principalmente el proceso ordinario en sus diversas fases: postulatoria, de saneamiento, instructoria y decisoria. Seguidamente se hace un estudio completo de los recursos. En el proceso de ejecución se estudian las diversas modalidades de ésta. Se dedican así sendos capítulos a la ejecución para la entrega de cosa cierta, de obligaciones de hacer y no hacer, de condena al pago de dinero líquido, tanto contra deudor solvente como insolvente y la oposición a la ejecución. El libro concluye con el estudio del proceso cautelar.

En suma, nos encontramos con una de esas difíciles obras de síntesis sobre el proceso civil brasileño, del máximo interés para un conocimiento compendio de dicho sistema y que se inserta dentro de la más brillante tradición procesal de aquel país.

Francisco RAMOS

MARCOS ALFONSO BORGES, *Embargos infringentes*, Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1982, 132 págs.

El libro que presentamos forma parte de una serie monográfica de obras procesales dedicada al tema de los recursos civiles y cuya elaboración ha sido encomendada a diversos procesalistas brasileños.

Los «embargos infringentes» constituyen uno de los cinco tipos de recursos previstos por el art. 496 del vigente «Código de Proceso Civil» brasileño, promulgado en 1973. Los cuatro recursos restantes son los denominados «apelação», «agravo de instrumento», «embargos de declaração» y «recurso extraordinario». En consecuencia, cuando en derecho brasileño se habla de «embargos infringentes» —y lo propio ocurre respecto de los «embargos de declaração»—, se alude a instituciones jurídicas radicalmente diferentes de aquella que, en el ordenamiento español, recibe el nombre de «embargo». De todos modos, conviene precisar que aquéllos y éste tienen un mismo origen etimológico.

Centrándonos ya en el contenido de esta obra, cabe indicar que la misma se abre con un capítulo introductorio, en el cual se lleva a cabo un breve análisis general de los recursos. El autor concibe el recurso como el derecho subjetivo procesal, de carácter abstracto, de provocar, en el mismo grado de jurisdicción o en otro superior, la reforma o modificación de una decisión judicial desfavorable.

Los tres siguientes capítulos se ocupan del origen y de la evolución histórica del recurso de embargos. En este punto, el autor se muestra favorable a la tesis, defendida mayoritariamente por la doctrina procesal brasileña, según la cual el recurso de embargos es un remedio procesal típicamente luso-brasi-

leño, sin equivalente en otras legislaciones nacionales, que no cuentan con una figura jurídica semejante a aquél. Tras referirse a las distintas clases de recursos de embargos configurados en el derecho histórico portugués y en la legislación brasileña posterior al período colonial, se examina, en el capítulo cuarto, la normativa relativa a los «embargos infringentes» que recogía el Código procesal civil brasileño de 1939.

En el capítulo quinto, que es el más extenso y, acaso, el más importante de toda la obra, se estudia, exhaustiva y sistemáticamente, la institución de los «embargos infringentes» a partir de la regulación establecida en el vigente Código procesal civil. El autor, ateniéndose a los términos en que se expresa el art. 530 de dicho Código, señala que los «embargos infringentes» son aquellos recursos que se pueden interponer contra la sentencia dictada por un Tribunal al resolver una apelación o una acción rescisoria, cuando tal sentencia no haya sido pronunciada de forma unánime, es decir, en el caso de que la decisión adoptada haya sido compartida solamente por la mayoría de los miembros del Tribunal, pero no por todos ellos. Queda así perfectamente diferenciado el recurso de «embargos infringentes» frente al recurso de «embargos de declaração», que puede interponerse contra la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado, cuando dicha sentencia contenga algún punto oscuro o dudoso o alguna contradicción, o bien en el supuesto de que aquélla haya omitido algún extremo sobre el que debía pronunciarse.

El capítulo siguiente está dedicado al estudio de los «embargos infringentes» regulados por leyes distintas del Código procesal civil. La obra concluye con un capítulo en el que se abordan los problemas planteados por el recurso de embargos que puede interponerse ante el Supremo Tribunal Federal contra resoluciones dictadas por dicho órgano judicial.

El indudable interés que ofrece este libro radica, tanto en la naturaleza peculiar de la institución estudiada, como en la personalidad de su autor, el Prof. Marcos Alfonso BORGES, quien, a su condición de Profesor de Derecho Procesal Civil y miembro, por tanto, de la floreciente escuela procesal brasileña, une la calidad de ser abogado en ejercicio. Cuenta, además, con una importante producción bibliográfica, de la cual forman parte obras tales como las siguientes: *De ação discriminatória, Comentários ao Código de Processo Civil* (4 volúmenes) y *Processo Civil na doutrina e na jurisprudência*, todas ellas publicadas en Sao Paulo (Ed. Universitária de Direito), en los años 1972, 1974-1977 y 1979, respectivamente.

M. CACHÓN

MANUEL GARRETA SOLÉ, *El arresto del quebrado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, 296 págs.

El arresto del quebrado es una institución que, en palabras del prologuista de esta obra, Prof. Serra Domínguez, «desafia los intentos de sistematización de los estudiosos». Por otra parte, se trata de un tema que cuenta con escasa bibliografía jurídica en nuestro país. Ambos obstáculos incrementan las dificultades inherentes al estudio de la materia concursal. Empero, la presente investigación supera brillantemente éstas y aquéllas.

El análisis histórico, minucioso y completo, de la prisión por deudas y el estudio, lúcido y profundo, de dicha institución desde el punto de vista del derecho positivo, integran los capítulos primero y segundo del libro, respec-

tivamente. La necesidad de que subsista y sea fortalecida la figura del arresto del quebrado como una defensa del interés público constituye una de las más importantes conclusiones a que se llega en este punto.

Ya en el último de los capítulos anteriormente citados y, con mayor detenimiento en el siguiente, se aborda el arduo problema de la naturaleza jurídica del arresto del quebrado. El autor, tras rechazar la concepción doctrinal que se ve en este instituto una hipótesis residual de la prisión por deudas, propone una tesis sumamente original: el arresto del quebrado es una medida cautelar que se inserta en el proceso civil, pero que es adoptada en función del proceso penal que, posterior y eventualmente, puede seguirse por el delito de quiebra.

En el capítulo cuarto, que consta de dos partes, se efectúa un detallado análisis del procedimiento del arresto del quebrado. La obra se cierra con otro capítulo, también doble, dedicado al examen de las cuestiones que se plantean en relación con el arresto de los administradores de las sociedades en el supuesto de quiebra de las mismas. Aparte de otras interesantes aportaciones a este tema, sostiene el autor que el arresto ha de alcanzar a los administradores que intervinieron en la gestión fraudulenta o culposa de la sociedad durante el período a que se retrotraen los efectos de la quiebra.

El acertado tratamiento de la figura del arresto del quebrado, así como los resultados positivos obtenidos en la investigación, son consecuencia natural de la combinación armónica de dos elementos: la depurada técnica jurídica utilizada por el autor y el notable caudal de conocimientos adquiridos por el mismo a lo largo de su dilatada experiencia como abogado en ejercicio.

M. CACHÓN

ALFONSO PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1982, 431 págs.

Recogiendo su amplia experiencia práctica y aunándolo a sus extensos conocimientos teóricos el profesor PÉREZ GORDO nos ofrece en esta obra un análisis crítico de la legislación procesal, actualmente vigente, en materia matrimonial.

Inicia su obra con un estudio de la naturaleza jurídica de los juicios matrimoniales considerados genéricamente, intentando establecer lo que él denomina un «sistema de bases y principios para los mismos». Tras lo cual se adentra en el examen específico de los juicios matrimoniales en la realidad jurídica española actual, tratando primero los aspectos más dogmáticos, o mejor dicho, menos procedimentales que los mismos presentan, como son: su formación histórica, naturaleza, función, ámbito y especialidades. Finaliza su trabajo con una exposición sistemática de todos y cada uno de los procedimientos que conforman la categoría de los juicios matrimoniales.

Obra de indudable interés y oportuna en un momento de nueva legalidad, el profesor PÉREZ GORDO, como pone de manifiesto en la presentación de la misma, «ha intentado recoger en sus páginas las necesidades sociales, para poder así proporcionar a todos las soluciones y respuestas de un procesalista a esa relación de interrogantes que, en sí, constituye la Ley de 7 de julio de 1981».

Just FRANCO ARIAS

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *El beneficio de pobreza*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1982, 463 págs.

«El objeto de esta monografía es, pues, un estudio completo del beneficio de pobreza», nos dice el autor en sus consideraciones preliminares, y qué mejor delimitación del contenido de una obra, que la que su propio autor nos ofrece.

El método seguido por el autor para alcanzar el objetivo propuesto ha sido interpretar y sistematizar la normativa sobre la materia (arts. 13 y ss. LEC, 12 LPL, 132 LJCA, y 119 y ss. LECRIM).

Pero el profesor GÓMEZ COLOMER en sus consideraciones preliminares no sólo nos delimita el objeto y el método ya expuestos, sino que también nos advierte que pese a acabar su estudio la regulación de la institución en el ámbito civil, laboral, administrativo y penal, «se centra en el análisis de la pobreza en el proceso civil ordinario (arts. 13 y ss. LEC), el cual considera «el beneficio tipo al que el resto de la legislación se remite o reitera».

La obra se estructura en tres grandes partes, una primera dedicada al estudio de los aspectos no procedimentales, dentro de la cual se analiza el concepto, la naturaleza, requisitos para la concesión, contenido y extinción del beneficio de pobreza.

Una segunda que viene encabezada con el título «el proceso para la concesión del beneficio de pobreza», que define perfectamente su contenido, pues en la misma se examina a conciencia el procedimiento para la obtención de la declaración de pobreza.

Y una tercera y final en la cual a modo de conclusiones el profesor GÓMEZ COLOMER valora la institución en cuanto a su eficacia práctica, y acomodación a los preceptos constitucionales, y nos presenta un ensayo sobre las posibilidades de que la justicia se administre gratuitamente hoy en España.

De profundo estudio sobre la institución del beneficio de pobreza podría calificarse la presente obra, en la cual el autor utilizando una gran riqueza de materiales, tanto dogmáticos como jurisprudenciales, ha sabido avanzar en esta difícil materia hasta mostrarnos la asencia de la misma.

Just FRANCO ARIAS

## JORNADAS CONMEMORATIVAS DEL CENTENARIO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Durante los días 22, 23 y 24 de noviembre de 1982 se han desarrollado, en el Salón de Actos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (U.N.E.D.), unas jornadas conmemorativas del Centenario de la LECr. que, bajo el lema «PROCESO Y LIBERTAD», ha organizado el Departamento de Derecho Procesal de la referida Universidad y de las que han sido sucesivamente ponentes los catedráticos de Derecho Procesal integrantes del denominado grupo «JUSTICIA», con el concurso de otras relevantes personalidades.

El desenvolvimiento de los actos, estructurados en las correspondientes ponencias a las que sucedía un coloquio ceñido por el respectivo moderador a los aspectos a que se había referido la intervención del Ponente, puede sintetizarse esquemáticamente como sigue:

- 1) DIA 22 DE NOVIEMBRE. — Tras una introducción del profesor Pérez-Prendes, Director General del Ministerio de Educación y Ciencia —que, junto con el Secretario de Estado señor de la Plaza y el, asimismo, Director General, profesor Viñas, presidía el acto— y en las que, en su condición de historiador del Derecho, destacó negativamente las influencias francesa e italiana, no sólo en la inspiración, sino en la literalidad expresiva de la LECr., tomó la palabra, inaugurando las jornadas, el Excmo. Sr. D. Federico Carlos Sáinz de Robles y Rodríguez, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, quien alabó las virtudes del texto legal, particularmente su valiosa Exposición de Motivos, lamentando su inaplicación en muchos extremos y deseando que la reciente Constitución, singularmente su artículo 24, supusiera una nueva óptica interpretativa y práctica de la Ley Centenaria de la que extrajera nuevas virtualidades.

Seguidamente, el profesor Dr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE, Catedrático de Derecho Procesal de la U.N.E.D., desarrolló su ponencia titulada *Garantías constitucionales del proceso penal*. En la misma denunció vivamente la inobservancia de los prin-

cipios de la LECr. por la Ley de procedimiento de urgencia del anterior régimen, sin que de tal tacha se librara el Estado constitucional, que había incidido en parecidos extremos en la Ley de 11 de noviembre de 1980.

También examinó detalladamente las diversas garantías que, referentes al proceso penal, se contienen en el artículo 24 de la Constitución; deteniéndose especialmente en la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables; en su razón, estima imperativa la reforma de las normas de la LECr., atinentes a la conformidad del acusado, que, en su criterio, se ven seriamente afectadas por la particular prescripción al respecto de la Constitución, artículo 24, tarea de reforma, en este inciso, que considera de urgente realización.

El profesor Dr. D. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona, presentó la *Situación actual del enjuiciamiento criminal en España* (título de su ponencia), a través de los siguientes apartados en que estructuró su intervención:

- a) Situación legislativa.
- b) Cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso penal (destacando la inobservancia de las mismas).
- c) Degradación de las normas de procedimiento, resaltando que de hecho ha desaparecido la instrucción sumarial y existen sólo las diligencias previas.
- d) Inversión de los principios del Proceso Penal.

Del repaso de estos cuatro apartados concluyó la lamentable situación del enjuiciamiento criminal en nuestro país.

D. VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Madrid, realizó *El balance de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, con que intitulaba su intervención, poniendo primeramente de manifiesto el carácter liberal de la LECr. y las consecuencias que de ello derivaban.

Estudió, posteriormente, el art. 741 de la LECr., considerando que la libre apreciación de las pruebas a que se refiere, reclama la plena vigencia del principio de inmediación y la inexistencia del recurso de apelación.

Enjuició, por último, la Ley de 8 de abril de 1967 que, propia de un régimen autoritario, implanta un proceso no liberal; así como la desviación que suponen las dos Leyes de 1980, que, igualmente, se apartan del sistema de la LECr.

- 2) DIA 23 DE NOVIEMBRE. — El profesor Dr. D. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, partió, para la exposición de su ponencia titulada *Participación popular en la justicia penal*, de un minucioso estudio del artículo 125 de la Constitución, considerando que una de las formas de participación en la Administración de Justicia es la que constituye el vehículo representado por el ejercicio de la acción popular.

Seguidamente analizó los pormenores de las dificultades que conlleva el establecimiento del Jurado y propugnó, por tanto, que sería preferible la participación ciudadana a través del Escabinado, institución que, en su criterio, encuentra virtualidad aplicativa por medio del artículo 125 de la Constitución, que, implícitamente, acoge esta hipótesis contra otra variedad participativa, junto a la básica del Jurado, en la Administración de Justicia.

El profesor Dr. D. VICENTE GIMENO SENDRA, catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de la Universidad de Alicante, bajo el título *El derecho de defensa del acusado* procedió a examinar la institución de la defensa en abstracto, planteando una teoría general de la misma y estudiando después los artículos 17-3 y 24-1 de la Constitución. Con referencia al derecho de información y defensa, asistencia al detenido, así como la defensa material en sentido lato de inculpado, consideró su precedente en la reforma de la LECr. de 4 diciembre de 1978, modificadora especialmente del artículo 118 de la misma, que fue objeto de un exhaustivo análisis por el Ponente, valorando respecto a la misma la conveniencia de incidir más profundamente en el sentido marcado por los postulados constitucionales.

El profesor Dr. D. JUAN MONTERO AROCA, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, estudió *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, fijando lo que en su criterio integra el principio de oralidad y su verdadero alcance. Principio establecido en la LECr. para la fase de plenario y que sin embargo no es escrupulosamente observado en la práctica. Para el Ponente no es tan importante el principio de oralidad en sí mismo, como aquellos otros que le son consustanciales y a los que el Ponente desplaza el núcleo de su relevancia: Inmediación, concentración y publicidad, fundamentalmente esto último. Estudió el sistema de la Ley a la luz del artículo 120-2 de la Constitución, concluyendo que debe establecerse una neta separa-

ción entre las actuaciones sumariales y el plenario, de suerte que aquéllas no lleguen a la Audiencia más que como instrumento que sustenten la acusación y defensa iniciales, nunca con carácter de pruebas.

- 3) DIA 24 DE NOVIEMBRE. — El profesor Dr. D. FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, analizó *La degradación del principio acusatorio*, estudiando las diferencias existentes entre el juicio oral (publicidad, igualdad, oralidad, concentración, máxima amplitud probatoria y libre convicción o valoración de la prueba) y el sumario (secreto, escritura, inquisitivo, funciones inspectoras del Ministerio Fiscal), resaltando el carácter fundamental del principio acusatorio en nuestro proceso penal y que ha sido objeto de degradación, no sólo por leyes posteriores (así la del Jurado de 1888, que mantenía un cierto principio inquisitivo, y fundamentalmente por las de 24 de diciembre de 1962, 8 de abril de 1967 y 11 de noviembre de 1980), sino incluso en el propio articulado de la misma Ley (artículos 469, 728, 732, 733, etc.). Centrando su atención en el auto de procesamiento, que estima degrada igualmente el principio acusatorio y que, en su criterio, podría sustituirse ventajosamente por otros sistemas.

Concluye, pues, en la necesidad de una radical diferenciación entre lo que es investigación y lo que constituye el juicio oral.

El prof. Dr. D. LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ en la disertación de clausura valoró más positivamente la LEC que la LECr., señalando que ésta introdujo un sistema acusatorio formal de origen francés, tomado del Código de Instrucción Criminal del país galo, con influjo igualmente del Códice di Procedura italiano, de los que muchos artículos de nuestra LECr. son reproducción.

Señalando la falta de aptitud legislativa en los fines del siglo xx y, tras poner de manifiesto algunas antinomias constitucionales, propugnó, en nuestro sistema de enjuiciar lo criminal, reformas y actualizaciones, no sustituciones. Finalizó efectuando una breve recapitulación de las intervenciones que le precedieron.

Tras unas palabras de la Excm. Srta. D.ª ELISA PÉREZ VERA, Rectora Magnífica de la U.N.E.D. y catedrática de Derecho Internacional, en que, desde su perspectiva internacionalista, alabando la LECr. y propugnando su adaptación a la Constitución,

y, en su razón, a los Tratados Internacionales pertinentes, felicitó a la organización y a los ponentes, se procedió por el profesor MONTERO a la lectura de las siguientes:

## CONCLUSIONES

*Primera.* — La conmemoración del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ha celebrado en los días 22 a 24, bajo los auspicios de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y organizado por su Departamento de Derecho Procesal, ha constatado inicialmente que las leyes de enjuiciamiento del pasado siglo todavía vigentes, la civil y la criminal, se promulgaron atendiendo a principios muy dispares; mientras la Ley de Enjuiciamiento Civil significó la consolidación de un sistema procesal que arrancaba de muy antiguo, la Criminal supuso un cambio trascendental, pasando de un proceso inquisitivo, escrito y secreto a otro acusatorio, oral y público.

*Segunda.* — En los cien años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ésta no ha sido aplicada en todos sus extremos, por razones ajenas a la propia Ley. Los poderes públicos no han sido conscientes en momento alguno de que un proceso acusatorio y oral sólo es posible cuando los órganos jurisdiccionales cuentan con los medios precisos, personales y materiales; medios que han sido negados una y otra vez al Poder Judicial.

*Tercera.* — El grupo de profesores de Derecho Procesal conocido con la denominación de JUSTICIA, admitiendo sin reticencias la Constitución de 1978, declara que cualquier reforma legislativa que afecte a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de partir del desarrollo de las garantías y principios procesales establecidos en la Constitución, sin escudarse en razones pretendidamente técnicas para defraudarlos o aminorarlos.

*Cuarta.* — En los últimos años, y desde muy distintas instancias, se ha puesto de manifiesto el lamentable estado de la justicia penal en España, destacando la excesiva duración del proceso, la gran cantidad de presos preventivos y otras muchas circunstancias negativas, pero lo cierto es que, aparte de esas declaraciones, nada se ha hecho para poner fin a una situación que está suponiendo el incumplimiento reiterado de las garantías y principios constitucionales.

*Quinta.* — En este orden de inaplicación de garantías constitucionales puede destacarse la falta de vigencia práctica del artículo 17.3 de la Constitución y la urgente necesidad de desarrollar adecuada-

mente el principio de obligatoriedad de la defensa técnica en la fase de instrucción, desde la detención, y la implantación del *habeas corpus*.

*Sexta.* — El principio de oralidad, elevado a rango constitucional en el artículo 120, exige, no tanto su desarrollo legislativo, lo que ya está hecho en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el establecimiento de las circunstancias objetivas que permitan su efectiva vigencia. Estas circunstancias van desde medidas de técnica legislativa, como sería la neta distinción entre actos de averiguación, propios del sumario, y actos de prueba, exclusivos del juicio oral, de tal forma que el sumario se redujere a elemento instrumental para la formulación de la acusación y la defensa iniciales, hasta medidas de política judicial basadas en la convicción de que el derecho a la justicia es la base de todo el Ordenamiento Jurídico y que el actual abandono económico del Poder Judicial está implicando la negación de un derecho fundamental de carácter prioritario.

*Séptima.* — El principio acusatorio, uno de los pilares en que se asienta el enjuiciamiento criminal español, ha ido experimentando en los últimos tiempos sucesivas degradaciones, de lo que son ejemplos a destacar la Ley de 8 de abril de 1967 y la más reciente de 11 de noviembre de 1980, en las que la introducción de elementos inquisitivos ha incidido gravemente en un principio que parecía conquista definitiva para la libertad.

*Octava.* — Establecida la Constitución, la participación del pueblo en la justicia a través del jurado, debe procederse inmediatamente a su regulación, bien a través del Jurado en su forma tradicional, bien por medio del escabinato.

*Novena.* — Por último, y más en general, los participantes en la conmemoración del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esperan que la nueva situación política que se abre ahora ante los españoles conduzca a dar satisfacción a los anhelos de justicia y de libertad de nuestro pueblo. Para conseguir ese fin todos aquellos que tengan algo que decir, independientemente de su posición ideológica, deben ser escuchados. Se trata de una tarea común de la que nadie puede ser excluido.

Madrid, 24 noviembre 1982.

MANUEL LOZANO HIGUERO

## XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO EN CARACAS (VENEZUELA)

Durante los días 29 de agosto al 5 de septiembre de 1982 se ha celebrado en Caracas (Venezuela) el XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado con la colaboración en la Facultad de Ciencias jurídicas y políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Las ponencias generales debatidas concernientes al Derecho Procesal, han sido las siguientes: «El control administrativo y judicial de los Sindicatos» (Relator general: H. Kemal Elbir, profesor de la Universidad de Estambul, Turquía); «La contumacia y la oposición. Noción técnica de la prevención de la contumacia. Los efectos de la contumacia y de la oposición. El procedimiento de la contumacia ¿debe ser mantenido?» (R. g.: Prof. E. Krings, Universidad La Vrije, Bruselas, Bélgica); «El carácter suspensivo o no suspensivo de los recursos jurisdiccionales dirigidos contra los actos de las autoridades administrativas» (R. g.: Prof. Nathanson, Universidad de Chicago U.S.A.); «La responsabilidad de los jueces» (R. g.: M. Cappelletti, profesor de la Universidad de Florencia, Italia); «La lógica jurídica y la actividad judicial» (R. g.: Prof. H. Petzold, Universidad de Maracaibo, Venezuela); «El problema de la defensa por el abogado o por el mismo acusado» (R. g.: I. Kos Rabcewicz, Prof. Universidad de Ottawa, Canadá); «El estatuto jurídico de los detenidos pendientes de sentencia» (R. g.: Dr. Korff, Friburgo, Alemania).

Por España, participó en calidad de relator nacional, el profesor ALMAGRO NOSETE, con el tema responsabilidad judicial de los jueces, quien fue designado, también, Presidente de la Sección II. C.I. para el debate sobre la ponencia general de la contumacia.

## VIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL EN QUITO (ECUADOR)

Durante los días 24 al 29 de octubre de 1982 se han celebrado, en Quito (Ecuador), las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La organización de las mismas estuvo a cargo de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia del Ecuador, presidida por el Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Director de las Jornadas. La Comisión Ejecutiva del evento estuvo presidida por el Dr. Jorge Hugo Rengel, Magistrado de la Corte Suprema, e integrada asimismo por los Dres. Rubén Ortega Jaramillo y Vinicio Andrade Alava.

Asistieron a las Jornadas los profesores doctores Mario Aguirre Godoy (Guatemala), Adolfo Alvarado Velloso (Argentina), José-Carlos Barbosa Moreira Brasil, Humberto Briseño Sierra (México), José Olympo de Castro Filho (Brasil), Julio de Gregorio Lavie (Argentina), Fernando de la Rúa (Argentina), Hernando Devis Echandía (Colombia), Román Duque Sánchez (Venezuela), Víctor Fairén Guillén (España), Jorge Flores Gacharne (Colombia), Adolfo Gelsi Bidart (Uruguay), Cipriano Gómez Lara (México), Hernando Morales Molina (Colombia), Julio B. J. Maier (Argentina), Carlos de Miguel y Alonso (España), José Ovalle Favera (México), Hugo Pereira Anabalón (Chile), Francisco Ramos Méndez (España), José Rodríguez U. (Venezuela), Carlos Ramírez Arcilla (Colom-

bia), Aristides Rengel Romberg (Venezuela), José Gabriel Sarmiento Núñez (Venezuela), Luis Torello Giordano (Uruguay), Eduardo Lucio Vallejo (Argentina), Enrique Vescovi (Uruguay). También hubo una nutrida concurrencia de Magistrados, Abogados, Notarios y otras profesiones jurídicas de todo el país.

Los congresistas, continuando la labor de discusión iniciada el pasado año en Guatemala, se ocuparon del estudio de los Códigos tipo de procedimiento penal y civil para Iberoamérica.

Durante el evento pronunciaron asimismo sendas conferencias los doctores Galo García Feraud, Juan Isaac Lovato y Juan Falconi Puig.

Los desvelos de los organizadores y la calurosa acogida de los sectores jurídicos ecuatorianos crearon el clima adecuado para que el desarrollo de los actos constituyera en todo momento un verdadero logro, tanto en el aspecto científico como en el social.

Está previsto que las próximas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal se celebren en Venezuela en el curso del presente año.

## XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO PROCESAL

Organizado por el Centro de Estudios Procesales de Rosario, en esta ciudad argentina se celebrará, los días 22 a 27 de mayo de 1983, el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal, y al mismo tiempo el II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal.

El temario general es el siguiente:

1. Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna; Ponente general: Jorge Walter Peyrano.
2. Intervención de terceros en los procesos civil, penal y laboral; Ponente: Eduardo Lucio Vallejo.
3. Problemática procesal del juicio de concurso; Ponente general: Angel Fermín Garrote.
4. ¿Constitucionalidad del régimen procesal de lo contencioso-administrativo en instancia única judicial?; Relator: Efraín Quevedo Mendoza.
5. Controles y eficacia en el funcionamiento del servicio de justicia; Ponente general: Augusto Mario Morello.
6. Proceso y fe pública; Ponente general: Mario Antonio Zinny.
7. Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo; Ponente general: Adolfo Alvarado Velloso.
8. Conveniencia de la participación del querellante conjunto; Relator: José Cafferata Nores.
9. La defensa de los intereses del consumidor; Ponente general: Jorge Vázquez Rossi.
10. El debido proceso, garantía constitucional; Ponente general: Fernando de la Rúa.

Los interesados deben dirigir la correspondencia a:

Centro de Estudios Procesales  
Dorrego 1748  
2000 Rosario  
Argentina