

JUSTICIA

84

1984, número IV

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	773
ARTICULOS	
<i>Manuel Ortells Ramos</i> , El proceso penal de la ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre	775
<i>Manuel Serra Domínguez</i> , La reforma de la nulidad de actuaciones analizada a través de tres recientes resoluciones judiciales	825
<i>Francisco Ramos Méndez</i> , Arbitraje internacional y medidas cautelares	843
NOTAS	
<i>Ignacio Arroyo</i> , Juicio ejecutivo fundado en letra de cambio protestada por agente de cambio y bolsa	861
<i>Manuel Cachón Cadenas</i> , Embargo de bienes inmuebles no inscritos a favor del ejecutado en el registro de la propiedad	873
<i>Antonio M.ª Lorca Navarrete</i> , Es inconstitucional por producir indefensión (art. 24.1 C.) e ir contra la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 C.) la exigencia al responsable civil en el proceso penal de responsabilidad subsidiaria «in re ipsa»	887
<i>Silvia Barona Vilar</i> , La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal	907
JURISPRUDENCIA	
Procesal civil, por <i>Manuel Ortells Ramos</i>	927
Constitucional, por <i>Pedro Saavedra Gallo</i>	955
AUDIENCIA PUBLICA	
¿Excepciones dilatorias en la admisión de querellas?, por <i>Francisco Ramos Méndez</i>	969
BIBLIOGRAFIA	
Recensiones	973
INFORMACION	
Seminario de Derecho Concursal en Barcelona	985
Jornadas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial en Sevilla	989
X Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Crítica y sugerencias al anteproyecto de estructura del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, por <i>Hernando Devis Echandía y Juan Montero Aroca</i>	997
Indice general de 1984	1019

JUSTICIA 84

NUMERO IV

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETÉ

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

«JUSTICIA 84» 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.



1984

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

LA LEY 34/1984 DE REFORMA URGENTE DE LA LEC

No recordamos ahora en cuál de las obras de Enrique Jardiel Poncela uno de los personajes piropea a una mujer diciéndole: ¡Estás mejor hecha que la Ley de Enjuiciamiento Civil! Lamentamos no disponer de tiempo para buscar los datos necesarios con los que dar a los lectores la cita científica exacta.

Porque el humor corrosivo de Jardiel pudiera llevar a pensar lo contrario, hacemos constar que sí recordamos que el piropo estaba dirigido a una mujer realmente hermosa.

La cita inicial de un humorista, en unas líneas que quieren, naturalmente, ser serias, pretende demostrar que la sociedad española en general ha estado convencida de las excelencias de la Ley. En este orden de cosas la exposición de motivos de la ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente de aquélla, insiste en el arraigo en la práctica y en las virtudes de la Ley centenaria.

Es cierto que desde su promulgación en 1881 la LEC ha sido objeto de críticas. Se le ha achacado, principalmente, el haber nacido vieja, el no haber significado una renovación del proceso civil, sino una consolidación de normas provenientes del siglo XIII. No es menos cierto, con todo, que no faltan los defensores de la Ley.

Frente al calificativo de «viejo armatoste» que hubo de soportar, en los últimos años algunos juristas hablan de la Ley de Enjuiciamiento Civil casi cariñosamente y ha habido quien la ha considerado «un verdadero monumento legislativo».

Ahora se ha promulgado, el 6 de agosto de este año, una Reforma Urgente de la LEC. En la exposición de motivos se reconoce que ésta «permite o no evita sensibles retrasos en la Administración de Justicia», pero que ante la imposibilidad de realizar a corto plazo la reno-

Depósito Legal: Z. 1.271-81

ISSN: 0211-7754

Cometa, S. A. — Carretera Castellón, km. 3,400 — Zaragoza

vación del ordenamiento procesal civil, se ha optado por la reforma parcial.

Esta Revista, en su número de 1983, I, propuso una serie de «medidas procesales de carácter urgente», y de ellas algunas han sido recogidas en la nueva Ley de 1984. Entre ellas, por ejemplo, la actualización de las cuantías de los juicios, la introducción de la comparecencia oral, la limitación del efecto suspensivo de los recursos, la fijación de plazo máximo en las diligencias para mejor proveer, el establecimiento del principio del vencimiento en la imposición de costas, la elevación del interés legal del dinero, la investigación oficial de los bienes a embargar, limitar la publicación de edictos en periódicos oficiales y privados, convocar en edicto único las tres subastas, etc.

La falta de técnica procesal de la reforma es evidente, pero por otro lado es conveniente abrir un compás de espera antes de formular un juicio definitivo sobre su eficacia. La comparecencia en el juicio de menor cuantía y la casación necesitan rodaje.

Como en tantas otras ocasiones es la aplicación de la Ley lo que interesa, y ésta queda en manos de los jueces y de los abogados. Veremos lo que éstos son capaces de hacer con ella.

ARTICULOS

EL PROCESO PENAL EN LA LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Naturaleza jurídica del nuevo procedimiento. — 3. Modificación de la competencia objetiva. — 4. Adecuación del procedimiento. — 5. Resoluciones sobre la competencia objetiva y la adecuación del procedimiento. — 6. La instrucción previa. En especial, las nuevas funciones de la policía judicial: A) En general. — 7. B) Naturaleza jurídica de las funciones de la policía judicial en la instrucción previa del nuevo procedimiento. — 8. C) Extensión objetiva de las funciones de la P.J. en el nuevo procedimiento. — 9. D) Régimen jurídico de la práctica de los actos de investigación por la P.J. — 10. Apertura de juicio oral o sobreseimiento. — 11. Preparación del juicio oral: A) En general. — 12. B) El «escrito» de acusación. — 13. C) Señalamiento de la vista del juicio. — 14. D) Calificación provisional del acusado y del tercero responsable civil y conformidad. — 15. E) Problema de la admisibilidad de artículos de previo pronunciamiento. — 16. F) Actos relativos a la prueba. — 17. El juicio oral: A) En general. — 18. B) Régimen jurídico de la incomparecencia del acusado y del tercero responsable civil. — 19. C) Nueva posibilidad de proposiciones de prueba. Práctica de la prueba. — 20. D) Calificaciones definitivas. — 21. E) Informes y formulación eventual de alegaciones sobre la suspensión de la condena. — 22. F) Suspensión e interrupción del juicio oral. — 23. La sentencia. — 24. Recurso de apelación contra la sentencia. Segunda Instancia.

1. — INTRODUCCIÓN

No sólo los medios de comunicación, sino instancias más técnicas, como la Fiscalía General del Estado en sus últimas memorias anuales, venían advirtiendo del notable incremento de un tipo determinado de criminalidad (fundamentalmente ciertos delitos contra la propiedad de gravedad no excesiva), que provocaba una creciente sensa-

ción colectiva de inseguridad (1) y la opinión, cada vez más extendida, de que la Administración de Justicia no reaccionaba frente a ello con la eficacia deseable (2).

La primera respuesta legislativa frente a esta situación fue la reforma de los presupuestos de la prisión provisional en un sentido facilitador de la adopción de esta medida en mayor número de supuestos, llevada a cabo por Ley 16/1980 de 22 de abril. Esta afirmación se halla avalada por el propósito declarado del Gobierno al presentar el proyecto (3), por la justificación que la Fiscalía General del Estado hacía de la reforma poco antes de su entrada en vigor (4) y por el análisis objetivo del resultado de la reforma —tanto de lo que innova, cuanto de lo que mantiene— (5).

La crítica jurídica a esta reforma radica, fundamentalmente, en el mantenimiento y acentuación de la función «punitiva» de la prisión provisional, que ahora puede cumplir, en mayor número de supuestos, fines —propios de la pena— de prevención general y especial (6). Esto es rechazable, no sólo ni principalmente, por la razón dogmática de que esos fines son extraños a una medida cautelar, sino sobre todo porque contradicen la presunción de inocencia proclamada en el art. 24.2 de la Constitución (7).

En la práctica, los resultados de la reforma supusieron un incremento notable del número de presos preventivos, concausa importante de la calamitosa situación vivida en los centros de detención y penitenciarios (8).

(1) MFGE, 1978, pp. 61, 64; MFGE, 1979, pp. 82, 175; MFGE, 1981, pp. 56-57.

(2) MFGE, 1979, pp. 173-175.

(3) Véase la cita del preámbulo del proyecto de Ley remitido por el Gobierno, en MUÑOZ CONDE, F., MORENO CATENA, V. M., *La prisión provisional en el derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 368.

(4) Véase la Circular 2/1980, sobre la nueva regulación de la prisión preventiva, de la Fiscalía General del Estado. Ni el MF se sustrajo a la tentación de considerar adecuado este tratamiento del problema: véanse MFGE, 1978, p. 64; MFGE, 1979, pp. 84-85.

(5) Sobre el tema mi *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, en RGLJ, 1978, pp. 455-461; MUÑOZ CONDE, MORENO CATENA, *La prisión provisional*, pp. 364-382.

(6) ORTELLS, *Para una sistematización*, pp. 460-461; MUÑOZ CONDE, MORENO CATENA, *La prisión provisional*, pp. 377-382; MFGE, 1982, p. 73.

(7) ORTELLS, MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, obs. y lugs. citados en notas 5 y 7; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Cien años después. Lo que queda de la ley de enjuiciamiento criminal*, Poder judicial, 1982-4, p. 44. Como es sabido, la redacción actual de los arts. 503 y 504 Lecrim es la dada por LO 23 abril 1983, derogada de la reforma criticada en el texto.

(8) MFGE, 1981, pp. 72-75; *Memoria del Consejo general del Poder Judicial*, Madrid, 1982, pp. 87-89.

Esto último puede haber contribuido a hacer comprender que la eficacia de la justicia penal no se consigue facilitando la encarcelación por vía cautelar, sino logrando una mayor rapidez en la realización del juicio y en la emisión de la sentencia (9).

La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos menos graves, dolosos y flagrantes, persigue alcanzar ese objetivo con un medio al que el legislador nos tiene acostumbrados: la creación de un procedimiento normativamente más rápido (10).

Esta solución, sin embargo, no acaba de comprenderse con todo lo dicho. Es cierto que el sistema procesal penal instaurado por la Lecrim de 1882 ha adolecido, durante mucho tiempo, del defecto estructural de no prever un procedimiento intermedio entre el de delitos y el de faltas, para el enjuiciamiento de delitos de menor gravedad y de más frecuente comisión, en el que pudiera reducirse la complejidad y correlativa lentitud del procedimiento para los delitos más graves (11).

Este defecto se subsanó —sin que sea éste el momento de entrar en juicios críticos sobre el tema— con la reforma de 8 de abril de 1967, creadora del procedimiento de urgencia en el que instruyen y juzgan los jueces de instrucción. Sin embargo, ahora el legislador no se ha limitado a extender la competencia de los juzgados ni el ámbito de aplicación de ese procedimiento, sino que ha optado por crear un procedimiento nuevo.

Ello revela, en consecuencia, que otro nuevo factor, además de

(9) MFGE, 1982, pp. 75-76. Incluso en los medios de comunicación ha acabado por calar esta convicción: Véanse los extractos de prensa que ofrece Poder judicial, 1982-2, pp. 142, 146-147; 1982-3, pp. 144, 149-150.

(10) Así en la CFGE 4/1980, *Sobre la aplicación de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes* (Introducción); LLOBELL, J., *El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado en la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre*, en *La Ley*, 1981, número 136, pp. 1-2; SÁNCHEZ, R., *Procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes*, en *RD Pro Iberoam*, 1981, pp. 415-416; FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *¿Es urgente la reforma del enjuiciamiento criminal?*, en *Poder judicial*, 1982-4, p. 74; LORCA, J., *Estudio de la Ley Orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio*, en *ADP*, 1981, p. 59; PUEBLA, A., *Procedimiento de la Ley Orgánica 10/80 para el enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, Madrid, 1982, pp. 33-34. Probablemente no sea éste el medio más eficaz para tratar el problema de la excesiva duración de los procesos: la insuficiencia de medios personales y materiales de la organización judicial puede impedir, por razones puramente fácticas, que un procedimiento tenga la duración, más o menos breve, prevista para el mismo.

(11) Una rápida historia de este problema en DOMÍNGUEZ, S., *El procedimiento monitorio penal*, Madrid, 1980, pp. 23-29.

los antedichos, ha influido en la opción legislativa: el fracaso del citado procedimiento de urgencia en cuanto a los objetivos de eficacia (rapidez) que se propusieron con el mismo. El fracaso se centra, fundamentalmente, en la desmesurada extensión que en la práctica adquiere la instrucción previa en este procedimiento (12).

2. — NATURALEZA JURÍDICA DEL NUEVO PROCEDIMIENTO

En punto a la naturaleza jurídica del nuevo procedimiento hay que rechazar, de entrada, la idea de que se trata de una especie de monitorio penal. Calificarlo de monitorio ha tenido cierto éxito en el plano terminológico (13), pero en todo caso se ha reconocido que su estructura no es la propia de lo que se conoce con aquel término (14).

El llamado procedimiento monitorio se caracteriza en materia penal —tomando como base dos regulaciones suyas de Derecho extranjero como el *giudizio por decreto* italiano (15) y la *Strafbefehl* alemana (16)— por la emisión de una resolución judicial de condena, sin previo juicio contradictorio, aunque fundada en una limitada cognición del caso. La falta de oposición a la misma, en determinado plazo, por parte del sujeto pasivo confiere firmeza y eficacia ejecutiva a la resolución. Formulada oposición, se procede, por el contrario, a la realización del juicio en la forma ordinaria. Es también característica su limitada aplicación a delitos castigados con penas de escasa gravedad (multas, restrictivamente algunas privativas de derechos, en ningún caso las privativas de libertad).

En el nuevo procedimiento —como en todos los de nuestro Derecho— ninguna pena puede imponerse sin previa realización del juicio oral, con la excepción de los supuestos de conformidad, que represen-

ta, también, una estructura procesal esencialmente diferente a la del procedimiento monitorio (17).

Se ha insistido también, en términos bastante difusos, en la abreviación y pérdida (comparativa) de importancia de la instrucción previa y en la consiguiente potenciación del juicio oral y de los principios de concentración y oralidad propios del mismo (18). Así, ha dicho la Fiscalía General del Estado que «dado que es posible llegar a esta fase final del procedimiento tras un simple escrito de acusación construido sólo sobre los actos de investigación practicados por la Policía Judicial, bien puede decirse que las pruebas de carácter propiamente judicial pueden serlo únicamente las del juicio oral. Así, se presenta este acto como el culminante del nuevo proceso, lo que le otorga una singular significación y una importancia extraordinaria. Como todas las pruebas se concentran en él, éstas proyectarán una influencia más decisiva que en los demás procesos sobre la alternativa condena-absolución» (19). Concretando estas impresiones cabría apuntar una asimilación de este procedimiento a determinados modelos de Derecho comparado caracterizados por la realización inmediata del juicio, sin o con una muy reducida instrucción previa (20). Pensar esto no sería desacertado pues se han advertido ciertas similitudes con el juicio de faltas (21).

Yo no creo, en primer lugar, que el nuevo procedimiento suponga una innovación tan importante como se dice en punto al valor de la práctica de la prueba en el juicio oral, porque, con la excepción espúrea que podemos centrar en el art. 791, regla 5.ª, párr. 2 Lecrim, y en sus consecuencias, la Lecrim ya regula el tema de modo coherente con un sistema procedimental de oralidad. Probablemente cuando se afirma aquello no se comparan normas con normas, sino normas con

(17) ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, 1962, pp. 149-150, a lo que habría que añadir que en el mecanismo de la conformidad ni la eficacia declarativa y ejecutiva derivan de la calificación aceptada sino de la sentencia, a diferencia de lo que ocurre con la resolución de condena en el monitorio frente a la que no se ha formulado oposición.

(18) MFGE, 1979, pp. 175-176 (como postulados a los que debería responder el nuevo procedimiento); LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 3; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 433; FENECH, *El proceso penal*, p. 457 (advirtiendo sobre la divergencia entre la intención del legislador y el resultado obtenido).

(19) CFGE 4/1980, apartado 3, B).

(20) Me refiero al *beschleunigt Verfahren* alemán —sobre el cual ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 333-334— o al *giudizio direttissimo* italiano —sobre el cual PANSINI, G., *I giudizi direttissimi atipici*, Milano, 1980; CORDERO, *Procedura*, pp. 509-524; LEONE, *Manuale*, pp. 555-557.

(21) DOMÍNGUEZ, *El procedimiento*, p. 35; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 418; ARAGONESSES, P., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1981, p. 468.

(12) MFGE, 1978, p. 90; MFGE, 1979, pp. 167-168, 173, 175-176; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 1; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 32.

(13) Como informa DOMÍNGUEZ, *El procedimiento*, pp. 34-35, en la tramitación parlamentaria del proyecto se le añadió al título oficial el subtítulo de monitorio, pero ni el proyecto, ni las enmiendas tendieron a establecer este tipo procedimental; LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 2-4.

(14) DOMÍNGUEZ, Ob. y lug. cit. en nota 16; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 34-35; BONET NAVARRO, A., *El enjuiciamiento oral penal (Estudio Sistemático)*, en *La Ley*, 1981-III, pp. 786-788.

(15) BELLAVISTA, G., *El proceso penale monitorio*, Milano, 1952, passim; CORDERO, F., *Procedura penale*, Varese, 1979, pp. 525-537; LEONE, G., *Manuale di Diritto processuale penale*, Napoli, 1979, pp. 557-560.

(16) ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 1980, pp. 351-355; PETERS, K., *Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 534-537.

prácticas (22). El problema será que con el nuevo procedimiento no se reincida en las mismas prácticas desnaturalizadoras (23).

No es cierto, en segundo término, que en este procedimiento falte una instrucción previa: existe, aunque presente importantes diferencias respecto a los demás procedimientos.

Pero además esa instrucción no podría faltar, dado que los delitos que pueden ser objeto del nuevo procedimiento no se determinan siempre en función de la concreta facilidad de proceder de inmediato a una práctica de pruebas suficientes (24). Esto último sólo podría mantenerse respecto a los delitos flagrantes. Y no hay que olvidar que esa facilidad probatoria —y en Derecho alemán, también un límite de penalidad (25)— condiciona, de una u otra forma (26), la admisibilidad de los modelos procedimentales antes referidos.

En fin, ¿ha de calificarse el nuevo procedimiento de ordinario o de especial?

Ello dependerá del criterio que se asuma para efectuar la calificación, acerca de lo cual existe poca unidad en nuestra doctrina (27).

Quien concibe como criterio el de las diferencias de regulación respecto al proceso por delitos originariamente establecido en *Lecrim*, puede concluir que el nuevo procedimiento es especial (28).

(22) Véase, tanto respecto a la ordenación legal, cuanto respecto a su desnaturalización en la práctica, mi artículo *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim*, RD Pro Iberoam, 1982, pp. 365-427.

(23) ARAGONESES, *Instituciones*, pp. 468-469.

(24) Se ha referido algún autor —así PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 32; FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma...?*, p. 74— a la simplicidad del acaecer fáctico constitutivo de los delitos para los que está «pensado» el nuevo procedimiento, como justificación de la instrucción previa muy abreviada. Dejando a un lado que, como el propio FERNÁNDEZ BERMEJO advierte, el hecho de que la norma de adecuación del procedimiento atienda a la gravedad de la pena y no al tipo de los delitos puede contradecir en algún caso aquella apreciación, he de indicar que lo condicionante de un juicio oral inmediato no debe ser la simplicidad de los hechos en abstracto, sino la facilidad de su prueba en concreto, sin una compleja preparación.

(25) No es admisible el procedimiento acelerado si puede imponerse en privativa de libertad superior a un año: ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 333.

(26) Es decir, bien condicionando inicialmente la admisibilidad del procedimiento acelerado o bien su prosecución si, en el acto del juicio, el órgano jurisdiccional estima que no puede practicarse una prueba suficiente sin una previa instrucción; véanse autores y obras citados en nota 20.

(27) Puede verse, con diferentes opiniones al respecto, PRIETO-CASTRO, L., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, pp. 355-356; FENECH, *El proceso penal*, pp. 217-219; VIADA, C., ARAGONESES, P., *Curso de Derecho procesal penal*, II, Madrid, 1970, pp. 4-5.

(28) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 419; FENECH, *El proceso penal*, p. 219.

Ahora bien, la diversidad de procedimientos no implica necesariamente que todos menos uno deban reputarse especiales (29). Lo decisivo para esta calificación estimo que debe ser la generalidad o especialidad de las normas que determinan la respectiva adecuación de cada procedimiento. En nuestro sistema procesal penal la norma más general respecto a la adecuación de los procedimientos es la que atiende a la gravedad de la pena, aunque no dejen de incidir otros factores como la flagrancia, la perseguibilidad o no de oficio y, ahora, la forma de culpabilidad (30). En atención a esto el nuevo procedimiento puede considerarse ordinario (31).

De cualquier modo no creo que deba darse excesiva importancia a esta cuestión sistemática. Lo decisivo son los problemas que plantea la diversificación procedimental, a saber: la adecuación de cada procedimiento y las resoluciones sobre la misma; presupuesto que la regulación de algún procedimiento no sea completa —y no lo es la del que ahora estudiamos (32)—, la determinación de la normativa supletoria —problema que la Disposición final primera de la LO 10/80 ha complicado sin sentido alguno, en nuestro caso—.

3. — MODIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

Alterando el orden de las disposiciones de la LO hay que referirse, en primer término, a la modificación que ésta ha producido en la competencia objetiva en materia penal, mediante su art. 2, par. 1, en relación con su artículo 1.

En primer término hay que advertir que la LO deja expresamente a salvo las atribuciones especiales de competencia por razón de la materia y de la persona —o por ambas— (art. 1.2.2.º), afectando sólo a la atribución ordinaria realizada, fundamentalmente, en función de la pena.

En ese ámbito, determina una disminución de la competencia objetiva de las Audiencias provinciales y un correlativo incremento de

(29) Así, por ejemplo, se consideran ordinarios los cuatro procedimientos previstos para el proceso civil cuya adecuación se determinará en atención a la cuantía.

(30) Así se deduce de los artículos 14 y 779 *Lecrim* y, ahora, del art. 1 LO 10/80.

(31) ARAGONESES, *Instituciones*, p. 468, con idéntica conclusión.

(32) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 418; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 60.

la que ya correspondía a los Juzgados de Instrucción según el artículo 14-3.º Lecrim (33).

Limitándonos a lo que supone innovación cabe decir que, con arreglo a la LO, los juzgados de instrucción son competentes para conocer en juicio oral de los siguientes delitos:

A) Delitos dolosos y flagrantes castigados con pena privativa de libertad superior a seis meses y que no exceda de seis años, es decir, con prisión menor (art. 1-1, 2.º) (34).

B) Delitos dolosos, sean o flagrantes, castigados con pena distinta a la de privación de libertad, cuya duración no exceda de seis años, sea única, conjunta o alternativa de las penas privativas de libertad que el juzgado sea competente para imponer de acuerdo con lo dicho antes (art. 1-1, 1.º y 2.º).

Esta parcialmente (35) nueva atribución competencial ha suscitado un problema importante. Ciertamente la norma habla de cualquier clase de pena distinta a la privativa de libertad, pero esta amplitud viene luego literalmente restringida al establecerse que éstas tengan una determinada duración. Lo problemático no es la limitación de la duración, cuanto que existen penas no caracterizables por este requisito temporal.

La cuestión importa sobre todo (36) respecto a los delitos castigados con multa. La doctrina ha adoptado tres posturas diferentes.

Una, encabezada por la Fiscalía General del Estado (37), estima

(33) Esto contribuirá a acentuar el desequilibrio en la distribución del trabajo entre estos dos tipos de órganos jurisdiccionales, sobre el que llaman la atención MFGE, 1980, pp. 119-120; MFGE, 1982, p. 139. Este efecto tal vez sea contrario al objetivo de aceleración.

(34) La supresión de la agravante de multirreincidencia por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, priva de base de aplicación al art. 2-2, 1.º de la LO y elimina el problema de si esa disposición suponía también la competencia del juzgado para enjuiciar delitos dolosos, flagrantes o no, castigados con arresto mayor, pero en cuyo autor concurría aquella agravante. Obsérvese que, a la vista de lo dispuesto en el art. 14-3.º, penúltimo inciso, Lecrim, esto último hubiera supuesto también una modificación de la competencia objetiva.

(35) Digo parcialmente nueva porque ya el art. 14-3.º Lecrim hace al juzgado competente para conocer de delitos penado con multa hasta 300.000 ptas. y privación del permiso de conducción.

(36) Afecta también a la pena de reprensión pública, habiéndose manifestado opiniones dispares sobre la competencia para conocer de delitos castigados con la misma; así, en favor de la competencia del juzgado, LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; FENECH, *El proceso penal*, p. 461; en contra, LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 61.

(37) MFGE 4/80, 2, B, c; seguida por SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 427; FENECH, *El proceso penal*, p. 461; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 472; LLOBELL, *el proceso por delitos dolosos*, p. 5; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 795-796.

que corresponden a la competencia del juzgado los delitos castigados con multa cualquiera sea su cuantía, por diversas razones (penas de cualquier naturaleza incluyen las pecuniarias; por impago se transforma en privación de libertad no superior a seis meses; lo contrario implicaría ineficacia de la ley dada la cantidad de delitos comprendidos, en principio, en ella que conllevan multa; multa es la última de todas las escalas graduales).

Otra postura (38) excluye los delitos castigados con multa del ámbito de aplicación de la ley, con la excepción de que esta pena corresponda a delitos conexos con los enjuiciables por el nuevo procedimiento o a estos últimos, pero sólo en el caso de que deba imponerse por proceder rebajar en uno o dos grados la inicialmente prevista.

Por fin una tercera posición entiende (39) que la LO no ha modificado la competencia objetiva determinada por el art. 14-3.º Lecrim —es decir, el juzgado sigue siendo sólo competente respecto a delitos castigados con multa que no exceda de 300.000 ptas.—, sin que ello excluya la aplicación de la LO cuando los delitos sean dolosos.

Sólo según la primera postura habría supuesto la LO, en este punto, una modificación de la competencia objetiva. Las dos restantes conducen al tema a la adecuación de los procedimientos.

c) No supone innovación para determinar la competencia del juzgado que los delitos deban ser perseguibles de oficio (art. 1-1), pues ya disponía eso mismo el art. 14-3.º. Se excluyen de la competencia del juzgado, por esta razón, no sólo los delitos para cuya persecución se requiera querrela (40), sino también los condicionados por denuncia del ofendido o instancia de la Administración (41).

D) En punto a la atribución de competencia objetiva por acumulación, sólo cabe respecto a infracciones de menor gravedad que las ordinariamente incluidas en la competencia objetiva del juzgado, es decir, respecto a las faltas.

(38) LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 61-62.

(39) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 58-61; FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma...?*, nota 2 en la p. 76.

(40) FENECH, *El proceso penal*, p. 460, entiende que se excluyen sólo de la competencia del juzgado, junto a delitos cuya persecución dependa de otros presupuestos relativos públicos, aquellos para cuya persecución se requiere querrela. Frente a esto cabe observar que cuando la ley ha querido excluir sólo a estos últimos y no genéricamente, a las no perseguibles de oficio, lo ha dispuesto con claridad: compárense arts. 14-3.º y 779 Lecrim.

(41) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 427-428; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 68-69; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 474; LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 61; BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 797.

En este ámbito, art. 6-1, 2.º demuestra que no ha habido innovación: el juzgado es competente para conocer de las faltas incidentales o no, imputadas a quien figura como imputado en el proceso por delito.

Por el contrario, la conexión y acumulación consiguiente, sí que pueden provocar la incompetencia objetiva del juzgado respecto a un delito conexo con otro atribuido a la competencia objetiva de la Audiencia, que, en ese caso, es la competente para conocer también del conexo.

4. — ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La LO 10/1981 no se ha limitado a ampliar la competencia de los juzgados de instrucción, sino que ha creado también un nuevo procedimiento (42) para que enjuicien los delitos cuyo conocimiento les está atribuido. El art. 1 dispone directamente sobre este tema y, sólo a través del art. 2, sobre la competencia.

¿Cómo ha influido esta reforma en la anterior situación? Resumidamente: determinando la existencia de dos procedimientos en el área de la competencia objetiva de los juzgados de instrucción, cuando antes —dejando a un lado los diferentes procedimientos de instrucción— sólo había uno.

El nuevo procedimiento es adecuado:

A) Para el enjuiciamiento de los delitos que, según lo dicho antes, han pasado a integrarse en la nueva competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción.

B) Para el enjuiciamiento de los delitos castigados con las penas que se indican en el art. 14-3.º Lecrim, si se han cometido dolosamente.

C) La adecuación del procedimiento en caso de conexión y correlativa acumulación ha quedado como una importante laguna. No hay problema en cuanto a las faltas, porque expresamente se declaran enjuiciables en este procedimiento (art. 6-1, 2.º).

En el supuesto de que, por razón de la conexión, la competencia se atribuya a la A.P., tampoco hay problema, porque los delitos indi-

(42) La mayor complejidad del sistema de procedimientos ordinarios que esto genera, tiene consecuencias negativas: actividad procesal específicamente destinada a determinar el procedimiento adecuado y posibles errores que pueden comportar nulidad de actuaciones. Sobre estos problemas, *Memoria del Consejo General*, 1981, p. 75; MFGE, 1982, p. 138; DOMÍNGUEZ, *El procedimiento*, p. 44; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 2; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal*, en *Poder Judicial*, 1982, p. 28.

vidualizadamente atribuidos a la competencia de J.I. son atraídos, por la conexión, a la competencia de la A.P. y sustraídos de esta forma de procedimiento (43).

Tratándose de conexión entre delitos dolosos comprendidos en el artículo 14-3.º Lecrim y delitos comprendidos en el art. 1-1 LO, la competencia objetiva no se altera, pero ¿cuál es el procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de los objetos acumulados?

La regla general deducible de Lecrim —que tampoco regula esta materia con precisión (44)— es la de que en competencia y procedimiento marca la pauta el delito más gravemente penado, lo cual siempre coincide con que el enjuiciamiento de los delitos conexos viene rodeado de las mayores garantías del enjuiciamiento del delito principal, en el supuesto de que aquéllos estuvieran sometidos a competencia y procedimiento distintos.

Aplicar aquí esta regla puede conducir, eventualmente, a la consecuencia contraria: que siendo más grave el delito del art. 1 de la LO, el conexo, comprendido en el art. 14-3.º Lecrim, se enjuicie por el nuevo procedimiento, cuyas garantías son menores que las del procedimiento de urgencia.

LORCA, sobre la base de la remisión del art. 6-1, 2.º LO al art. 800 Lecrim —que permite acusar, en procedimiento de urgencia de la Audiencia provincial por los delitos del art. 14-3.º Lecrim— concluye, efectivamente, que la conexión entre delitos del art. 14-3.º y los enjuiciables por el nuevo procedimiento, determina que este último sea adecuado para unos y otros (45).

Por el contrario la Fiscalía General del Estado (46), seguida por varios autores (47), entiende que —textualmente— «mediando cone-

(43) Argumentando artículos 18-1.º, 800-3.ª y 4.ª, 802-1.º, 791-4.ª y 8.ª par. 4 —este último artículo a contrario sensu— todos de Lecrim.

(44) Sobre las insuficiencias de la Lecrim en cuanto a la regulación de las consecuencias de la conexión, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, I, Barcelona, 1947, pp. 434-438; DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972. En cuanto al efecto estricto sobre el procedimiento adecuado, la laguna se hace sentir en la medida en que existen diversidad de procedimientos y una misma competencia objetiva.

No obstante la regla general que indicamos en el texto es deducible tanto de los artículos citados en la nota 43, cuando del art. 142-4.ª, quinto Lecrim. Como argumento en favor del procedimiento con mayores garantías, sea o no el adecuado al delito más grave, puede aducirse también el art. 272, par. 3 Lecrim.

(45) LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 61-62. Podría añadirse a su argumento el que resulta de la remisión del art. 10 LO al art. 791 regla 8.ª Lecrim y de éste al 800 de la misma Ley.

(46) CFGE 4/80, 2, B, g.

(47) LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 55, 66; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 473; BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 791.

xidad homogénea la concurrencia en unas mismas diligencias de delito doloso decididamente sometido a esta Ley y delito excluido por razón de la pena o de su naturaleza, deberá resolverse en favor de la tramitación que más garantías ofrezca, que no será en ningún caso el nuevo procedimiento oral».

La solución de la Fiscalía conduce, sin embargo, a una consecuencia sorprendente: no sería adecuado el nuevo procedimiento para enjuiciar los delitos de imprudencia (conexos) comprendidos en el art. 14-3.º Lecrim, pero el procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción tampoco sería adecuado para enjuiciar los delitos del art. 1 LO (conexos), cuando las penas excedieran de las fijadas en el art. 14-3.º. De ese modo, al final del camino, acabaría por excluirse la competencia del Juzgado en favor de la Audiencia y por establecerse la adecuación del procedimiento de urgencia atribuido a esta última.

Lo absurdo (48) de esta consecuencia hace que me incline por la tesis de LORCA que tiene en su favor un sólido argumento literal.

5. — RESOLUCIONES SOBRE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Las resoluciones del Juzgado de Instrucción sobre la adecuación de este procedimiento (y sobre su competencia objetiva) han de fundarse sobre un determinado material de hecho que califican jurídicamente.

En punto a lo último, las circunstancias relevantes para la calificación jurídica son las que se deducen del art. 1 LO (penalidad, flagrancia, forma de la culpabilidad o no de oficio, posible incidencia de competencia objetivas especiales). Sólo apuntar, respecto a esto, con el profesor FENECH (49) que resulta criticable la relevancia atribuida a estos efectos al tipo de culpabilidad, porque la complejidad del enjuiciamiento del mismo no se compadece con la previsible insuficiencia, antes de la prueba, de materiales suficientes para realizarlo.

El material de hecho a tener en cuenta variará según los momentos en los que estas resoluciones pueden dictarse a lo largo del procedimiento.

(48) Entiendo que es absurdo porque ninguno de los delitos individualizadamente considerado es de competencia de la Audiencia, ni para ninguno de ellos es adecuado el procedimiento de urgencia de la Audiencia, es decir, desde uno y otro punto de vista (competencia y procedimiento), no se sale del ámbito del juzgado y, sin embargo, la conexión privica ese efecto.

(49) FENECH, *El proceso penal*, p. 460.

No sólo nada excluye, sino que lo impone el art. 3-1 de la LO, que la actividad procesal se ajuste desde su comienzo a las normas de este procedimiento. Por tanto, necesarias no son para la adopción de la resolución de incoación de este procedimiento ni las ilegales «diligencias indeterminadas», ni las «diligencias previas» (50). Sí que es necesario y suficiente que sobre los datos con los que llegue al juzgado la «notitia criminis», a falta aún de cualquier investigación judicial u ordenada por el juez, pueda establecerse la calificación jurídica determinante de la adecuación de este procedimiento (51).

Si esto último no es posible (52), han de incoarse «diligencias previas» y, sobre la base de la breve investigación judicial desarrollada en las mismas, cabrá resolver que es adecuado este procedimiento como una alternativa más que se añade a las previstas en el art. 789 Lecrim (53).

Siguiéndose el procedimiento con arreglo a las disposiciones de la LO, ésta prevé expresamente dos nuevos momentos para reconsiderar la adecuación del mismo: después de la recepción de las diligencias de investigación policiales practicadas por orden del juez (art. 5-1) y a instancia de las partes acusadoras, al término de la instrucción previa (art. 6-1). Ninguno de esos momentos es preclusivo; yo creo que puede aplicarse al art. 780 Lecrim que permite resolver sobre la adecuación de procedimiento en cualquier momento en que se den razones para ello. En todos estos casos la base fáctica de

(50) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 84-85, entiende que, en todo caso, procede incoar diligencias previas si el procedimiento se inicia por presentación de querrela. Esta injustificada opinión viene condicionada por el problema planteado por la LO, acerca de la intervención contradictoria de las partes en la instrucción, sobre el que véase *infra*, apartado 9.

(51) Así la CFGE 4/80,1, con cierta contradicción puesto que, por un lado, afirma que el auto de incoación de este procedimiento se contempla en el art. 5-1 LO y, por otro, entiende que si la adecuación del mismo es clara *ab initio* a él deberá ajustarse desde entonces la tramitación; también PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 84-85, 118-119; LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 434-435.

(52) Y salvo, también, que proceda acordar inmediatamente la incoación del sumario ordinario (las previas no han de anteceder necesariamente a toda instrucción por delito: FERRER MARTÍN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 3/1967, de 8 de abril*, en Pretor, 1968, p. 657) o la remisión a juzgado de Distrito.

(53) Véase autores y obras citadas en la nota 51. De acuerdo con el par. 3 del art. 789 contra esta resolución no cabe recurso de apelación. Según lo que deriva del art. 780, par. 2 los actos de investigación judiciales practicados en las diligencias previas no pierden su eficacia si se resuelve, luego, que es adecuado el procedimiento de la LO, lo que puede permitir una abreviación o, incluso, una exclusión de la investigación policial.

la resolución la constituyen los resultados totales o parciales de la instrucción previa.

Queda, por fin, otro supuesto que entra en la Ley por la remisión del art. 791-8.ª Lecrim: resolución sobre la competencia objetiva y el procedimiento al término del juicio oral, en la cual el fundamento fáctico viene constituido por la prueba practicada en el juicio. Esta remisión presenta varios problemas; el único al que aquí hay que referirse es al de que la norma destinataria de la remisión sólo contempla la declaración de incompetencia, no la de inadecuación de procedimiento; hay que entender que en este último caso, tampoco puede dictar sentencia de fondo respecto a delitos para los que este procedimiento sea inadecuado.

Sin embargo, la genérica remisión a Lecrim y, específicamente, la del art. 10 LO al art. 791-8.ª plantea una duda que la LO hubiera debido resolver con una normativa más expresa. Se trata de lo siguiente: ¿subsiste en el nuevo procedimiento la desigualdad de trato entre el Ministerio Fiscal y el acusador particular que instauran, para el procedimiento de urgencia, el art. 791 reglas 4.ª, 5.ª y 8.ª párs. 4 y 5?

En cuanto a la petición de cambio de procedimiento como alternativa a la de archivo o a la acusación (situación análoga a la contemplada por el art. 791, reglas 4.ª y 5.ª), la cuestión ha de resolverse negativamente en base al art. 7-1 en relación con el 6 de la LO: si cualquier acusación —por tanto, también la del acusado particular— permite al juez abrir el juicio, es porque no se halla vinculado a una eventual petición de cambio de procedimiento que provenga del Ministerio Fiscal. Así lo ha entendido la doctrina (54) y también, aunque con reticencias, la Fiscalía General del Estado (55).

El supuesto de las calificaciones definitivas en que se pida pena que implique la incompetencia del juzgado o la inadecuación del procedimiento, es aparentemente más difícil por la expresa remisión del art. 10 LO al art. 791-8.ª Lecrim. Tal vez por esto domine, a este respecto, la postura favorable a la vinculación a las calificaciones del

(54) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 438; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 65; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 127-128; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 792, 801.

(55) CFGE 4/80, 3, A; siguiéndola LLOBELL, *Proceso por delitos dolosos*, p. 5. Apunta la CFGE una argumentación favorable a la vinculación; la referencia a la falta de procesamiento no la entiendo, porque el cambio de procedimiento no va a implicar que el imputado no pueda ser acusado en el procedimiento adecuado; la alusión al monopolio de la acusación por el MF es falsa en nuestro Derecho; como tampoco es cierto que la solución aquí defendida implique dejar en manos de la acusación particular el trámite que ha de darse al proceso, porque el juez no queda vinculado a la petición del acusador particular.

Fiscal (56). Pero esta tesis es inaceptable porque si esa vinculación quedó excluida en cuanto a las peticiones que pueden formularse antes de la apertura del juicio, lo ha de ser también coherentemente en este momento procesal posterior (57).

6. — LA INSTRUCCIÓN PREVIA. EN ESPECIAL, LAS NUEVAS FUNCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL: A) *En general*

La novedad más importante que la LO introduce en nuestro ordenamiento procesal penal se refiere a la instrucción previa del nuevo procedimiento y consiste en las nuevas funciones que se confieren a la P.J., en virtud de las cuales ésta practicará, bajo las órdenes del juez, la mayor parte —todos, menos algunos legalmente excepcionados— de los actos de investigación que integran la instrucción.

Con ello el legislador por un lado, se ha separado del sistema tradicional en nuestro Derecho, según el cual el juez no se limita a dirigir los actos de investigación de la instrucción previa, sino que él mismo los practica (58). Por otro lado, tampoco ha acogido otro sistema que le ofrecía el Derecho comparado, como es el de la instrucción previa practicada o dirigida por el Ministerio Fiscal.

Me limitaré a estudiar aquí (59) la naturaleza jurídica de las nuevas funciones atribuidas a la P. J., su extensión objetiva —es decir, los actos que, en su virtud, puede realizar— y el régimen jurídico al que debe someterse su ejercicio.

(56) CFGE 4/80, 3, B; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 153; LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 6.

(57) Así, también, SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 444-445.

(58) Tal vez con esto se ha pretendido obviar los reproches a la unidad instructor-sentenciador. Obsérvese, en efecto, la falta de referencia a la instrucción en el par. 1 del art. 2, pero, inmediatamente, el par. 2. Sobre esto, LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 3; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 86; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 789-790.

(59) Aparte de ese estudio, cabe también otro que se proponga determinar si esta opción legislativa es conforme a los postulados constitucionales y si, presupuesto que lo sea, es efectivo y conveniente.

La valoración de la constitucionalidad ha de versar sobre si todas las actividades que el juez desarrolla en la instrucción responden o no al ejercicio de la potestad jurisdiccional, que el art. 117-3 CE atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. Sobre esta cuestión puede verse SERRA, M., *La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 720-723; el mismo, *El juicio oral*, en *Estudios*, pp. 764-772; GIMENO SENDRA, J. V., *El Ministerio Fiscal y la Constitución: Su naturaleza jurídica*, en *Comentarios a la Legislación penal*, dir. por COBO DEL ROSAL, I, Madrid, 1982, pp. 327-335; ALMAGRO NOSETTE, J., *Sobre la reforma de la Ley de*

7.— B) *Naturaleza jurídica de las funciones de la policía judicial en la instrucción previa del nuevo procedimiento*

En primer término la LO ha conferido a los actos practicados por la P. J. en ejercicio de sus nuevas funciones una eficacia jurídica de la que carecía con arreglo al régimen de la Lecrim (arts. 282-298 y concordantes Lecrim). El mejor modo de determinar esa eficacia jurídica es el de contrastar ambas regulaciones.

De los arts. 282-298 Lecrim, integrados con otros preceptos se deduce que la P.J. tiene dos clases de funciones: con anterioridad a la incoación de la instrucción previa judicial, tienen la función que Lecrim llama de «prevención de las diligencias» (art. 284) cuyo alcance normativo concreta el art. 13 Lecrim (60). Esta función presenta una doble característica: a) no consiste en el desarrollo de una investigación, sino —aparte de la protección a los perjudicados y, en su caso, detención de sospechosos en la conservación del estado material de cosas resultante de la acción delictiva, con apoderamiento de elementos materiales con ella relacionados y constatación de datos relevantes para la investigación; b) es una función que la ley atribuye inmediatamente a la P.J. ante la presencia del supuesto de hecho descrito en el art. 284 Lecrim. En este sentido es una competencia propia de la P.J., no delegada de los jueces de Instrucción, ni que requiera una orden de éstos para su ejercicio. No obstante, su ejercicio está subordinado a las competencias judiciales en el sentido que se deduce del art. 286 Lecrim: cuando el juez de instrucción se hace cargo del caso que motivó la actuación policial, cesa la competencia de la P.J. para la práctica de estos actos.

enjuiciamiento criminal al cumplirse su centenario, en Justicia, 1982-II, páginas 75-80.

La apreciación de la conveniencia de la reforma exige partir de la base de que la instrucción previa no ha de servir sólo para la acusación y preguntarse, después, si la imparcialidad necesaria para que ello quede garantizado, se logra igualmente con la intervención de un juez que con la de la policía —que, si bien se halla obligada a una actitud imparcial por el art. 2 Lecrim, no goza de un estatuto adecuado para asegurar esa imparcialidad—.

La efectividad de la reforma dependerá, como siempre, de la disponibilidad de personas y medios para esa nueva función, respecto a lo cual surgen algunas dudas: DEL TORO MARZAL, A., *La reforma del Ministerio Fiscal y la realidad socio-jurídica*, en Sociología y Psicología jurídicas, 1980, pp. 50-64; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 60-61; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 421-422.

(60) Esta concreción que permite el art. 13 Lecrim, al que cabe recurrir por similitud entre arts. 284 y 12 Lecrim, es necesaria para una adecuada interpretación sistemática de la Ley, pues si hubiera que atender sólo al art. 282, la P.J. resultaría autorizada para formar una especie de sumario «paralelo».

En segundo término, la P.J. tiene la función de practicar, por orden del Juez o del M.F., diligencias «para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás», relacionadas con la investigación (art. 287). Esta función se diferencia de la anterior en que, iniciada ya la instrucción previa judicial, se requiere para su ejercicio orden del Juez o del M.F. Ni siquiera dándose esta condición de la orden, supone esta función que la P.J. pueda practicar los actos que integran la instrucción previa: las diligencias que se le ordena practicar constituyen algo así como la infraestructura de la instrucción previa, que sólo aporta a ella sus resultados, en base a los cuales el juez de instrucción ha de acordar la práctica de nuevos actos de investigación sumariales. Si las diligencias se han practicado por orden del M.F. su valor es aún más claro: no es imaginable que lleguen directamente al sumario, sino que sirven de base a peticiones de actos de investigación del M.F. (61).

En definitiva, como la Lecrim presupone la realización por el juez de los actos de investigación de la P.J. la eficacia jurídica propia de los actos de investigación de la instrucción. Ese es el significado del artículo 197 Lecrim cuando dispone que los atestados o relaciones verbales de la P.J. valdrán como denuncias o como declaraciones testificales, es decir, valdrán exclusivamente en cuanto al resultado de las actividades (de investigación) que la P.J. ha tenido que practicar y que ha comunicado al juez, pero no valdrán esas actividades por sí mismas, de modo que el juez no queda relevado de «repetirlas», por así decir, si juzgándolas de interés para la instrucción estima que han de integrarse en la misma.

En los procedimientos de urgencia y siendo el delito flagrante, las funciones de la P.J. de la primera clase antes citada experimentan una ampliación, aunque no todo el texto del art. 786 la suponga, pues algunas de sus disposiciones se limitan a especificar funciones que la P.J. ya tenía (62). Sin profundizar en él, baste advertir que la ampliación no supone que la P.J. pueda desarrollar actividad de investigación.

La situación cambia radicalmente en el procedimiento de la LO, pues: primero, su art. 3-1 dispone que «Inmediatamente que el Juez tenga conocimiento de la comisión de algún hecho que pueda constituir delito de los que han de ser enjuiciados por el procedimiento regulado en esta Ley ordenará a la Policía judicial que se lleven a

(61) Véanse las precisiones que sobre la posición del M.F. en la instrucción previa realiza GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal* (con HERCE), Madrid, 1984, p. 72.

(62) Sobre el art. 786 véase FERRER MARTÍN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 3/1967, de 8 de abril*, en Pretor, 1967, pp. 504-510.

cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal»; y, segundo, de los arts. 3-2, 4, 5-1 y 6-1 se deduce que, con excepción de la incorporación de certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento y de la recepción de la incorporación de certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento y de la recepción de la declaración del detenido, no hay más actos de investigación en la instrucción previa de este procedimiento que los practicados por la P.J. por orden del juez.

Este conjunto de disposiciones implica necesariamente que la investigación policial en el nuevo procedimiento adquiere una eficacia jurídica de la que carece en los restantes procedimientos penales: al reducirse casi completamente a ella la investigación que se realiza en la instrucción previa, todos los actos que, en los procedimientos de Lecrim, obtenían sus fundamentos de hecho de la investigación judicial, en el nuevo procedimiento, habrán de apoyarse en la investigación policial (63). Esta última proporcionará la base fáctica precisa para las resoluciones sobre la competencia y la adecuación del procedimiento, para las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas personales y, sobre todo, para la petición de los acusadores y la resolución judicial relativas a la celebración o no de juicio oral. Abierto el juicio oral, en correspondencia con la función preparatoria de la instrucción previa, los actos de investigación servirán para el enjuiciamiento de la pertinencia o necesidad de medios de prueba y para que el o.j. ejercite sus poderes oficiales de acordar la práctica de pruebas (64).

No sería necesario aclarar, si la Lecrim no hubiera sufrido los embates de una práctica desnaturalizadora de su normativa, que esa equiparación de eficacia jurídica del acto de investigación policial en este procedimiento con el practicado judicialmente en los demás, no arguye un valor probatorio del primero. Pero lo que excluye este

(63) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 14; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 3; implícitamente DE ALBA Y OSUNA, A., *El nuevo procedimiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, en *Actualidad jurídica*, 1981-V, p. 6. Esta es la tesis que mantiene también la CFGE 4/1980, ap. 3, A). En contra BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 788-789. Sobre la pretendida excepción de los actos de investigación practicados a instancia de parte véase apartado 9 de este trabajo.

(64) Los actos de investigación de la instrucción previa pueden tener, en el juicio oral, aparte de la eficacia ordinaria que se indica en el texto, una eficacia excepcional en base a los arts. 730 y 714 Lecrim —sobre la que véase mi *Eficacia probatoria, passim*— y en caso de conformidad del acusado FARRÉN, V., *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español, en Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, p. 1223 y nota 67 en la misma p.; sobre este efecto en el procedimiento de la LO, LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 68—.

valor no es la falta de intervención judicial (65), sino simplemente —y por la misma razón que en los demás procedimientos— que es un acto (de investigación) de la instrucción y no un acto (de prueba) del juicio (66).

En segundo término, debe analizarse la técnica jurídica de atribución de funciones utilizada, en este caso, por el legislador para lograr el resultado antes expuesto.

La Fiscalía General del Estado ha hablado de delegación (67). La LO, según esta tesis, habría permitido al juez, muy ampliamente, delegar en la policía judicial las funciones judiciales para la práctica de los actos de investigación. Esta tesis no es aceptable porque sus consecuencias podrían ser excesivas en algún caso (68), porque el mecanismo de la delegación no es terminológicamente atendido por la LO en precepto alguno (69), y —tercero y principal— porque la técnica de la delegación lleva implícitas una serie de posibilidades (70) que acabaría por eliminar esta importante innovación que ha querido introducirse en la instrucción previa. En efecto, bastaría una resolución judicial no delegando la práctica de los actos de investigación en una determinada causa para que la instrucción deviniera completamente judicial.

Parece más acertado pensar que la LO ha hecho de la práctica de los actos de investigación en este procedimiento una función propia de la policía judicial y no una función del juez que éste pueda, luego, delegar.

Pero esta concepción hay que matizarla, inmediatamente, en un doble sentido.

En primer término, no significa que se haya facultado a la P.J. para apreciar por sí misma la adecuación de este procedimiento y, consecuentemente, para ejercitar *motu proprio* unas funciones que sólo en el ámbito del mismo le corresponden (71). En contraste con los arts. 284 y 786 Lecrim que subordinan la realización de las dili-

(65) Como parece entender la CFGE 4/1980, apartado 3, B).

(66) Matizando también esto PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 50-51.

(67) CFGE 4/1980, apartado 3, A). La expresión también se desliza en LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 3; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 105.

(68) Véase *infra*, nota 95.

(69) Véanse, diferentemente, los artículos 353, par. 2 y 563 Lecrim.

(70) La facultad de delegar implica la de no hacerlo, la de delegar sólo en parte y la de avocar la función delegada.

(71) Es inaceptable, en este sentido, lo que mantienen LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 64; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 114-115; DE ALBA, *El nuevo procedimiento oral*, p. 5. Correctamente, en cambio, FENECH, *El proceso*, p. 462.

gencias de prevención o el ejercicio de las especiales funciones contempladas por el segundo precepto a la apreciación de la P.J. sobre la existencia de un delito o de un delito flagrante enjuiciable en procedimiento de urgencia, respectivamente, el art. 3-1 LO encomienda al juez la apreciación de las circunstancias condicionantes de la adecuación del nuevo procedimiento y hace depender de ella la emisión del correspondiente mandamiento de investigación a la policía judicial. Consecuentemente son infundadas las críticas sobre el carácter normalmente incompleto del atestado inicial de la P.J. e inadmisibles las llamadas a la práctica contraria (72), en aras de una economía procesal que se opondría a la ley.

En segundo lugar, tampoco significa que el juez carezca de toda atribución respecto a la investigación. La LO conduce, en definitiva, a una distribución de funciones respecto a esta última: al juez corresponde ordenar los actos de investigación que han de practicarse; a la P.J. la función de practicar, de realizar esos actos.

Los mandamientos de investigación impartidos por el juez pueden ser de dos clases.

De carácter genérico, cuya validez resulta claramente amparada en el art. 3-1 Lecrim. Consiste simplemente en el mandato de que practique los actos de investigación adecuados al hecho objeto de la instrucción y los que vaya aconsejando la marcha de la investigación misma. Estarán en todo caso incluidos los actos de investigación que la propia Lecrim dispone que se realicen cuando los hechos objeto de la investigación son unos determinados, fundamentalmente los incluidos en los capítulos rotulados «De la inspección ocular» y «Del cuerpo del delito».

De carácter específico, es decir determinando concretamente los actos de investigación que el juez estima necesarios a la vista de los hechos que han llegado a su conocimiento que, en todo caso, deberán incluir los previstos legalmente para supuestos típicos. Esta modalidad permite imprimir a la investigación una orientación más precisa en cuanto a lo que debe considerarse jurídicamente relevante.

8. — C) Extensión objetiva de las funciones de la P.J. en el nuevo procedimiento

Cuáles son los actos que la P.J. puede practicar en ejercicio de sus nuevas funciones lo determina fundamentalmente el art. 3-1 LO: los actos de investigación. Es decir, fijándonos en el art. 299 Lecrim,

(72) En favor de eso, cambio de práctica SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 422, 435; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 105-106.

aquellos actos de la instrucción previa destinados a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delinquentes. El concepto de acto de investigación se convierte así en un concepto normativo que hay que determinar con precisión en cuanto condicionante de la extensión de las funciones de la P.J.

a) Por no ser actos de investigación quedan excluidos de la posible atribución a la P.J. los actos siguientes:

— Las resoluciones sobre adecuación del procedimiento, que, además, varias disposiciones de la nueva ley atribuyen al juez de instrucción.

— Las resoluciones sobre admisión de querrela y de personaciones en calidad de parte en el proceso, en su caso respondiendo al ofrecimiento de acciones, también practicado judicialmente (73). Corroborado, además, por arts. 3-3 y 5-1, par. 3 LO.

— La adopción de medidas cautelares personales y patrimoniales y de medidas preventivas personales. Expresamente se atribuye al juez la resolución sobre libertad o prisión provisional, en art. 5-1. La P.J. continúa conservando la potestad de detener en los casos y con el régimen establecido en Lecrim, pero la LO no ha supuesto ningún cambio en la naturaleza de esta potestad, estableciendo la autonomía de la P.J. respecto a la situación del detenido durante el plazo de las 72 horas; el juez continúa teniendo durante esas 72 horas la potestad de resolver sobre la situación del detenido (74).

La exclusión de estos actos se explica también porque no es posible reproducir a su respecto el esquema de relaciones entre juez y P.J. asumidos por la ley. Para que la P.J. adquiriera funciones respecto a estos actos sería necesaria una auténtica delegación, y ello sin entrar en el problema de la constitucionalidad.

b) Tampoco pueden ser practicados por la P.J. los actos de práctica anticipada de medios de prueba.

(73) La incidencia del par. 5 del art. 5-1 sobre la posición del perjudicado roza la inconstitucionalidad, en cuanto parece considerar irrelevante que el ofrecimiento de acciones se haga o no en momento oportuno para que aquél pueda personarse e influir con su actividad en el resultado del proceso. El problema de la constitucionalidad debe analizarse en atención a los arts. 24-1 y 125 CE y distinguiendo la legitimación para el ejercicio de la acción penal y de la civil acumulada. Genéricamente sobre disminución de garantías del perjudicado CFGE 4/1980, apartado 3, A); SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 424; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 81; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en Poder Judicial, 1982-4, p. 44; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 791-792.

(74) Respecto a esto GIMENO SENDRA, J. V., *La detención gubernativa y la detención judicial*, en *La detención* (con VIVAS), Barcelona, 1977, pp. 117-121.

Estos aunque son actos dirigidos al conocimiento de los hechos, no son actos de investigación, sino actos de prueba verificados antes y fuera del juicio oral. Participan de la naturaleza de los actos de prueba del juicio oral y son por tanto intrínsecamente jurisdiccionales, debiendo realizarse necesariamente con intervención del juez.

Lo dicho comprende no sólo los actos de prueba anticipada propuestos en los escritos de acusación (art. 6-2, par. 3) o en la calificación provisional de la defensa, que se enmarcan en la fase preparatoria del juicio oral (art. 8), sino también los que resulten admisibles mientras la causa se halla en período de instrucción (arts. 448 y 467 y concordantes Lecrim).

c) Dentro de los actos de investigación se presentan algunas excepciones y algunos supuestos problemáticos respecto a la regla general de su práctica por la P.J.

— Considero dudoso el supuesto de vigilancia de lesiones, porque no es fácil decidirse por su naturaleza de acto de investigación o de prueba anticipada pericial: piénsese que si bien no hay motivo para pensar que sea irreproducible en el juicio la declaración de los peritos, puede no serlo, sin embargo, el examen pericial (75).

— El segundo supuesto dudoso es el de los llamados actos de investigación garantizados, es decir, entrada y registro en lugar cerrado, detención y apertura de correspondencia postal y telegráfica e intervención de comunicaciones telefónicas. Se ha mantenido que no pueden incluirse en el atestado policial salvo delegación expresa del juez (76); o sea que, con la última, sí podría practicarlos la P.J. Yo aceptaría esta tesis pero con otra formulación y con matizaciones: la P.J. no puede practicar esos actos cuando sólo dispone de una orden judicial genérica de practicar los actos de investigación que sean pertinentes, sino que requiere una orden judicial específica y concreta para realizar estos actos. Esta conclusión se impone a la vista de los preceptos del art. 18-2 y 3 CE. Además ha de tenerse en cuenta que, desde un punto de vista valorativo, la solución de estos problemas interpretativos ha de ser más homogénea con la regulación ordinaria de estos actos que con su especial regulación en casos de terrorismo y de estado de excepción.

— Un tercer supuesto problemático es el de los actos de investigación propuestos por el M.F. y las demás partes personadas. De él nos ocuparemos luego, porque constituye un aspecto del tema más

(75) Sobre esto mí *Eficacia probatoria*, pp. 397-398. Es innecesario plantearse el problema respecto a la autopsia, pues si el delito es doloso y el resultado muerte no será adecuado este procedimiento.

(76) LLOBELL, *El procedimiento por delitos*, p. 3; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 105.

general de la vigencia de Lecrim como normativa supletoria específicamente en cuanto a la contradicción en la instrucción previa.

— Por fin, dispone la LO que algunos actos de investigación los practique el juzgado: interrogatorio del imputado (art. 5-1), sin perjuicio de que haya sido también practicado por la P.J.; petición de certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento, en su caso (art. 3-2) (77).

9.— D) Régimen jurídico de la práctica de los actos de investigación por la P.J.

Los actos de investigación se llevarán a cabo con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento criminal, dispone el art. 3-1 de la Ley. Con ello y con la D.F. 1.ª que remite como normativa supletoria genéricamente a Lecrim, no se hace más que plantear un serio problema, porque Lecrim contiene una parcialmente doble regulación de la práctica de los actos de investigación: la del sumario ordinario que es la más extensa y completa; la que, considerando como supletoria la anterior normativa, disciplina los actos de investigación que tienen lugar en la instrucción previa de los procesos de urgencia.

El texto del proyecto se refería expresamente a la segunda regulación pero la ponencia sustituyó esa referencia por una genérica a Lecrim (78). Con ello se oscurece sin ningún sentido el problema de la normativa supletoria, porque de la disposición resultante tampoco se deduce que la normativa deba ser la del sumario ordinario, permaneciendo la opción abierta para el intérprete.

Tres argumentos inclinan, a mi juicio, por estimar que la regulación a seguir es la de los procedimientos de urgencia (79). Primero, el designio legislativo de crear un procedimiento rápido (80). Segundo, que en la anterior situación legislativa estos delitos ya se enjuiciaban por procedimientos de urgencia. Tercera, que la normativa supletoria para el juicio oral es la del procedimiento de urgencia de competencia de los juzgados de instrucción (art. 10).

Un aspecto específico de la vigencia de Lecrim como normativa supletoria es el de la aplicación de las disposiciones reformadas

(77) LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 64, advierte que la reserva al juez de la petición de estas certificaciones probablemente obedezca a que suponen una imputación. Ahora bien, teniendo en cuenta los efectos de la imputación en este procedimiento —véase *infra*, apartado 10 de este trabajo— que deba ser judicial es sólo una garantía aparente.

(78) DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El procedimiento monitorio*, pp. 80 y 107.

(79) Así, también, SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 429, 433.

(80) Un objetivo importante de la reforma de 1967, en este punto, era también la celeridad: FERRER MARTÍN, *La reforma procesal penal*, pp. 516-521.

en 1978 que introducen, con ciertas limitaciones, el principio de contradicción en la instrucción previa (81).

Sintéticamente esta normativa, por lo que atañe en especial a los actos de investigación supone lo siguiente: derecho del imputado detenido a la presencia de abogado en los interrogatorios y reconocimientos de identidad (art. 520 Lecrim) (82), derecho de las partes personadas —incluido el imputado, a tenor del art. 118 Lecrim— a proponer diligencias (art. 311 Lecrim), a tener conocimiento de las actuaciones y a intervenir en la práctica de las diligencias (art. 302, par. 1). Los dos últimos derechos pueden ser limitados para las partes distintas al M.F. por la declaración judicial de secreto, en los términos del art. 302, par. 2.

Algunas enmiendas al proyecto de ley se dirigían a que éste formulara una referencia expresa a las citadas disposiciones (83). No se consiguió este objetivo, pero la remisión a Lecrim como normativa supletoria es suficiente, en principio, para entenderlas aplicables. Sin embargo, la falta de expresa referencia ha producido cierta desorientación.

Es indiscutible la aplicabilidad del art. 520 Lecrim (84).

Tampoco ofrece dudas el derecho a proponer diligencias (85) en sí mismo considerado, aunque no siempre prevea la LO una concreta oportunidad de proponerlas (86).

(81) Sobre la reforma introducida en la Lecrim por L. 53/1978, de 4 de diciembre, véase GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *La ley 53/1978 de 4 de diciembre y la instrucción sumaria penal*, en *Justicia* 81, número especial, pp. 95-105; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *La defensa*, en *Temas de Derecho actual y de su práctica*, Salamanca, 1979, pp. 121-137; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, *passim*.

(82) Por LO 14/1983, de 12 de diciembre, se ha dado nueva redacción a los arts. 520 y 527 Lecrim.

(83) Véanse en DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El procedimiento monitorio*, pp. 84-86 y 100 —las enmiendas— y pp. 104-105 —referencia a su rechazo—.

(84) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 94; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 424-425, 431. No podría plantearse ninguna duda, puesto que la disposición es absolutamente clara en no distinguir entre detención policial y judicial.

(85) CFGE 4/1980, apartado 3, A); PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 114; LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 3-4; FENECH, *El proceso*, p. 462. Expresamente con referencia a la proposición por el imputado PUEBLA, *ob. cit.*, p. 89.

(86) CFGE 4/1980, apartado 3, A); FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *¿Es urgente la reforma del enjuiciamiento criminal?*, en *Poder judicial*, 1982-4 pp. 74-75; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 126. Esto explica, probablemente, que se haya centrado la atención en la proposición de diligencias en la querrela —así, p. ej., BONET, *El enjuiciamiento oral penal*, p. 797—. A mi juicio, como en la instrucción previa no hay momentos preclusivos para la realización de

Que la proposición de diligencias debe dirigirse al o.j. y no directamente a la P.J., es claro, salvo una insinuación —porque no se produce con suficiente nitidez— de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que el M.F. podría ordenárselas directamente a la P.J. (87). Ahora bien, ni es ése el sentido del art. 287 Lecrim (88), ni podría esto admitirse según la LO que atribuye sólo al juez la función de ordenar actos de investigación.

Pero, con una excepción (89), suele entender la doctrina que la práctica de los actos de investigación propuestos por las partes será judicial y no se ordenará a la P.J. (90).

El resto de implicaciones de la contradicción quedan muy difuminadas: se formulan genéricas referencias al art. 118 Lecrim (91), pero se presupone generalmente la inadmisibilidad de la intervención de las partes en los actos de investigación practicadas por la P.J. —que suele aducirse como razón para defender la práctica judicial de los actos de investigación no acordados de oficio— (92) y la referencia al derecho a tomar conocimiento parece limitarse —en cuanto al imputado— a lo que dispone el art. 7-1, 2.º (93).

Este panorama requiere una clasificación consistente en mantener una aplicación sin reticencias de la normativa supletoria, pero respetando las innovaciones de la LO. Partiendo de esto puede mantenerse: 1) que la proposición de diligencias ha de hacerse ante el Juzgado y a él corresponde su admisión; 2) que la práctica de los actos de investigación admitidos corresponde a la P.J. y que en ella tendrán intervención las partes personadas, pues el argumento utilizado en contra de esto carece de sentido al no distinguir la Lecrim, en orden al derecho a intervenir, entre actos de investigación ordenados de oficio o a instancia de parte (94); 3) que las partes perso-

los actos, son admisibles las peticiones de actos de investigación prescindiendo del momento en que se formulan y darán lugar a órdenes complementarias de investigación.

(87) CFGE 4/1980, apartado 3, A); también en términos imprecisos PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 90-91; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 7.

(88) Véase *Supra*, nota 61.

(89) FENECH, *El proceso penal*, p. 462.

(90) CFGE 4/1980, apartado 3, A); LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 3-4;

(91) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 94; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 424-425.

(92) El argumento está implícito en CFGE 4/1980, apartado 3, A) y LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 3-4; lo expresa claramente PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 114.

(93) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 431; ARAGONES, *Instituciones*, p. 470; FENECH, *El proceso*, p. 464.

(94) La CFGE 4/1980, apartado 3, A), parte efectivamente de esta distinción que el art. 302 de la Lecrim no hace y se remite también a un art. de Lecrim (el 316) precisamente derogado en 1978.

nadas tienen derecho a tomar conocimiento de las actuaciones en cualquier momento; y 4) que los dos últimos derechos pueden limitarse mediante la declaración de secreto la cual no corresponde a la P.J. sino al juez (95).

10. APERTURA DE JUICIO ORAL O SOBRESEIMIENTO

La LO no habla expresamente en ningún caso de apertura del juicio oral, pero la realidad jurídica que esos términos designan es indudablemente objeto de su regulación. La petición de apertura está implícita en la presentación del escrito de acusación: la idea de GÓMEZ ORBANEJA (96) aparece en esta normativa más claramente realizada aún que en los procedimientos de urgencia, en los que se reúnen en un solo acto la petición de la apertura y la calificación provisional de la acusación, pues la omisión de toda referencia expresa a la petición de apertura revela que ésta va implícita en la formulación de acusación. La resolución de apertura está igualmente presupuesta en una resolución que directamente se destina a ordenar una serie de actos preparatorios de la visita (art. 7).

Finalizada la instrucción se presenta ante los acusadores una alternativa trimembre: pedir el cambio de procedimiento, pedir el archivo de las actuaciones o formular acusación (art. 6-1).

El tratamiento procesal de los dos últimos términos de la alternativa constituye el índice de vigencia del principio acusatorio en un procedimiento penal (97).

Pero la regulación de estos extremos en los demás procedimientos por delito de Lecrim representa una garantía frente a acusaciones infundadas, bien directamente —como es el caso del deber judicial de sobreseer de oficio previsto en el art. 645 Lecrim— o bien indirectamente (98), por la incidencia que tienen sobre la procedencia de la apertura de juicio una previa resolución judicial de imputación (pro-

(95) En la distribución de funciones entre el Juez y la P.J. se comprende que el juez declare el secreto y la P.J. ejecute esta orden. Entender que la P.J. pueda establecer el secreto según las circunstancias presupondría una delegación de la potestad del juez respecto a ello.

(96) Sobre lo absurdo de separar en momentos distintos la petición de apertura del juicio oral y la calificación acusatoria, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), pp. 233-235.

(97) En cuanto ilustra sobre si el órgano jurisdiccional puede o no abrir el juicio *ex officio*.

(98) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, Barcelona, 1952, pp. 202-203; PASTOR LÓPEZ, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979, p. 139.

cesamiento (99), «encartamiento» (100)), en unos casos, o que sea el M.F. quien acuse a una persona determinada (101), en otros.

Pasemos a considerar, desde esos puntos de vista, la normativa de la LO.

Que la misma refleja, en primer término, la vigencia del principio acusatorio es inequívoco en base al art. 7-1 en sentido contrario: sólo si se ha formulado alguna acusación (por el M.F. o por el acusador particular) puede haber juicio oral (102). El texto definitivo de la LO se ha separado del tratamiento inquisitivo que, para este aspecto, preveía el proyecto (103). Sólo subsiste la duda acerca de si el o.j. tiene el deber de «buscar acusador» con arreglo a la normativa supletoria de Lecrim: la solución debe ser positiva, pero con limitación a lo dispuesto en el art. 644, dado que el art. 5-1, par. 3 prohíbe que el ofrecimiento de acciones al ofendido paralice el procedimiento (104).

Pero, en segundo término, siempre que haya una acusación (del M.F. o del acusador particular) ¿deberá el juez abrir el juicio?

Los términos del art. 7-1 son tajantes en apoyo de una respuesta afirmativa (105). Pero no cabe conformarse con una interpretación literal del precepto. Vamos a analizarlo distinguiendo las diferentes situaciones que pueden darse (106).

1.ª Que exista alguna petición de cambio de procedimiento.

Si rigiera como supletoria la normativa del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción habría que distinguir según la petición la hubiera formulado el M.F. o el acusador particular: en el primer caso, el juez quedaría vinculado por la petición (art. 791-4.ª Lecrim); en el segundo, la estimaría sólo si fuera procedente (artículo 791-5.ª Lecrim).

(99) GÓMEZ ORBANEJA, ob. y lug. cit. en nota 98; GIMENO SENDRA, J. V., *El auto de procesamiento*, RGLJ, 1979-3, pp. 314-315.

(100) FERRER MARTÍN, *La reforma procesal*, p. 675. Véase el art. 730, par. 1, 3.ª; PEDRAZ PENALVA, E., *En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los juzgados de Instrucción*, en RDPro Iberoam, 1980, pp. 484-485.

(101) Véase nota 100.

(102) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 430; BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 801.

(103) Sobre esto véase DOMÍNGUEZ, *El procedimiento monitorio*, p. 36.

(104) En favor del ofrecimiento de acciones al ofendido BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 802.

(105) Así parece entenderlo LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 65-66.

(106) Los distintos trabajos sobre el nuevo procedimiento que venimos citando se ocupan de esta cuestión, aunque no de modo muy clarificador, a mi juicio. En el planteamiento del texto se han tenido en cuenta sus aportaciones, aunque se prescinda de citas puntuales.

Pero ya hemos advertido que este tratamiento no es adecuado en la LO: la situación postula una diferencia de peticiones (M.F. pide el cambio; acusador particular califica), que la Lecrim resuelve del modo antedicho, pero que la LO resuelve de modo distinto: según art. 7-1 basta la acusación del acusador particular para abrir juicio.

Pero ¿significa lo dicho que, en tal caso, debe abrirse el juicio? Yo entiendo que no, porque esto significaría no tanto de negar la petición de cambio, cuanto ni siquiera resolver sobre ella; también significaría vinculación a la petición del acusador particular, lo cual el legislador no se atrevió a establecer en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción porque supondría una restricción de las garantías procesales sin control jurisdiccional; lesionaría, por fin, la economía procesal en cuanto pudiendo el juez resolver de oficio la inadmisión en la sentencia (art. 791-8.ª pars. 4 y 5, en la medida en que son aplicables como normativa supletoria), se obligaría a desarrollar el juicio, aunque esta resolución pudiera ser ya adoptada a la vista de la situación existente antes de su incoación. Es rechazable además, por analogía con lo dispuesto en el art. 645 en relación con el 639 Lecrim (107).

2.ª Que se haya formulado una petición de archivo por alguno de los varios acusadores.

En el ámbito de la Lecrim hubiera descrito la situación de otro modo, al menos terminológicamente: hubiera hablado de petición de sobreseimiento.

Pero esto es, precisamente, un problema en la LO, que, en ningún caso, usa el término sobreseimiento. Cabe, sin embargo, cuestionarse si cuando el art. 6-1 habla de archivo se refiere —mal, por designarlo mediante su efecto menos significativo— al sobreseimiento o si quiere referirse a otro modo distinto de terminación o al menos paralización del proceso penal.

En cualquier caso no cabe pensar que al decir archivo haya creado la LO una nueva figura, dejando plenamente indeterminados sus presupuestos y efectos, y, menos aún, que haya abandonado su configuración a la discrecionalidad del juez o de los acusadores. Ese archivo habrá de estar normativamente configurado y habrá que buscarlo en la normativa supletoria.

En efecto, recurriendo a Lecrim, hallamos que del art. 789, 2, 1.ª se deduce que existen dos «archivos» distintos: un simple archivo porque, como consecuencia de las diligencias previas, los hechos apa-

(107) De acuerdo con estos preceptos si el Tribunal considera que los hechos no son constitutivos de delito sobresse de oficio (art. 645, par. 1) y, del mismo modo, ordena remitir las actuaciones a juzgado de Distrito para su enjuiciamiento a título de falta (art. 639).

recen como no constitutivos ni de delito ni de falta, equiparado a las resoluciones previstas en los arts. 269 y 313 Lecrim, sólo que acordado tras una breve investigación (108); el archivo que es consecuencia del sobreseimiento y al que el art. 5-1 se refiere implícitamente, *denominándole simplemente archivo*, al disponer que se ordene el archivo de las actuaciones con arreglo a lo previsto en el art. 789 Lecrim.

Admitamos, a efectos meramente dialécticos, que el art. 6-1 se refiere al primer archivo, es decir, al que no es consecuencia del sobreseimiento.

Pero ese archivo, como hemos indicado, sólo tiene una causa legal: que los hechos no sean típicos. Así las cosas, el juez sólo tendría dos opciones en presencia de una acusación y de una petición de archivo: o archiva por esa única causa legal o abre el juicio.

Es oportuno recordar, ahora, algo que ha llamado la atención a la doctrina en la normativa del nuevo procedimiento. Sin duda se producen durante la instrucción actos judiciales de imputación, a los que se vincula el efecto de permitir al sujeto pasivo de los mismos personarse para ejercitar su derecho de defensa (art. 118 Lecrim). Pero, a diferencia de lo que ocurre en los demás procedimientos por delito, ninguno de esos actos condiciona la eficacia de la acusación en orden a provocar la apertura de juicio frente a una persona determinada, de modo que en este procedimiento es posible que alguien se vea sometido a juicio en base a una acusación cuya fundabilidad no ha sido judicialmente determinada (109). Y, ahora, a diferencia del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción, tampoco en cuanto a esa posibilidad incondicionada de acusar se distingue entre M.F. y acusador particular (110).

A la vista de lo acabado de decir, ¿resulta aceptable mantener que el archivo del art. 6-1 es aquel simple archivo con su única causa legal y no el archivo derivado del sobreseimiento y, por tanto, de las diversas causas por los cuales puede ser solicitado este último?

A mi juicio no y por dos razones.

Primera, porque la situación prevista en el art. 6 de la LO es paralela no a la del art. 789 Lecrim —que tiene su correspondencia, por expresa remisión, con la prevista en el art. 5 (111)—, sino a la del art. 791 Lecrim: se ha dado traslado de las actuaciones a los acusa-

(108) FERRER MARTÍN, *La reforma procesal*, pp. 658-659.

(109) Véase *Supra*, notas 98 a 101 y texto sobre ellas y PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 85-86, 96-97, 133; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 469; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 792-793.

(110) CFGE 4/1980, apartado 3, A); LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 6.

(111) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 122.

dores para que formulen las peticiones correspondientes sobre la apertura de juicio oral o el sobreseimiento.

Segunda y fundamental, porque sólo si se entiende que ese archivo es el que corresponde al sobreseimiento puede impedirse la apertura de juicio sobre la base de una acusación infundada, al menos en el caso de que alguna de las partes (cabe pensar preferentemente en el M.F., obligado a la imparcialidad) pida el sobreseimiento por alguna causa, lo que permitiría al juez acordarlo y negar el juicio (112).

3.ª Que es el único acusador o que todos los acusadores formulen acusación.

Es obvio que el juez no puede sobreseer por cualquiera de las causas legales (art. 645, pár. 2 Lecrim); pero ¿Tampoco por la causa 2.ª del art. 637 (art. 645, pár. 1 Lecrim)? Una respuesta negativa basada en la interpretación literal del art. 7-1, puede tener sentido en este caso. Obsérvese que el juez ha tenido oportunidad de denegar el juicio por esa causa en el trámite del art. 5-2 (remisión al art. 789 Lecrim) y, con posterioridad, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción, en el que se practican las diligencias preparatorias, no se realizan en este proceso nuevos actos de investigación que pueden justificar una modificación del enjuiciamiento.

11. — PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: A) *En general*

Bajo esta denominación se recogen una serie de actos bastante heterogéneos, caracterizados en conjunto por ser previos a la fase propiamente oral del proceso penal aunque ya no integrados en la instrucción previa, y por su función preparatoria de la vista. Esta última aparece incluso en el acto de acusación y en la calificación provisional de la defensa, destinados a entrar los términos del debate y de la actividad probatoria (113).

12. — B) *El «escrito» de acusación*

Este acto presenta, en primer término, una diferencia formal con el correspondiente de los demás procesos ordinarios: denominarse escrito de acusación y no calificación provisional (art. 6-1). También

(112) No sólo no puede abrirse el juicio sin acusación (implícita en la petición de apertura) (art. 642), sino que no puede sobreseerse (salvo 645, pár. 1) sin que se haya pedido el sobreseimiento por alguna de sus causas (art. 645, pár. 2). La argumentación del texto se dirige a posibilitar esto último.

(113) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 237.

es peculiar que, en caso de pluralidad de acusadores, el plazo para formular la acusación no es sucesivo, sino común (art. 6-1 y 2 en relación con el 5-1, par. 2).

Más importantes son, sin duda, las siguientes tres diferencias frente a la regulación de la calificación provisional: a) La no referencia a que deba contener la relación del hecho del que se acusa (véase, para la calificación provisional, art. 650-1.ª Lecrim); b) la admisibilidad de la acusación inicial por faltas no incidentales (no conexas) (art. 6-1, 2.ª); c) la admisibilidad de la pretensión civil de indemnización formulada como ilíquida (art. 6-1, 5.ª en contraste con 650, par. 2, 1.ª Lecrim).

a) En cuanto a la primera novedad, la doctrina, con dos excepciones, concuerda en considerarla una laguna (114) que debe ser integrada y, consecuentemente, en que el escrito de acusación ha de contener una descripción de los hechos resultantes de la instrucción que proporcione el soporte concreto a la tipificación (115). De otro modo opinan FENECH (116) y LORCA (117).

Los argumentos en favor de la primera tesis han sido: la necesidad de una afirmación de hechos para poder calificar jurídicamente, para que la defensa pueda conocerlos en orden a prestar conformidad o a estructurar, en otro caso, su labor defensiva y para deslindar el objeto procesal, que es un hecho y no un tipo penal abstracto.

En contra se ha advertido que el objeto de la conformidad no son los hechos, que en todo caso la defensa puede conocerlos en la documentación de la instrucción y que resultaría difícil deducir la descripción de los hechos de la muy limitada instrucción.

A mi entender el argumento fundamental en apoyo de la tesis mayoritaria —dejando aparte la crítica de la últimamente aludida dificultad que, verdaderamente, no existe ni en sentido material ni en sentido jurídico— es la importancia de los hechos para la delimitación del objeto del proceso. Ciertamente el objeto del proceso es el hecho tal como resulta de la actividad probatoria del juicio y no como lo narran los acusadores inicialmente, pero el sistema acusatorio postula que el hecho sentenciado no difiera del hecho por el que

(114) Una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista, dirigida a que se incluyera como requisito del escrito de acusación la narración de hechos, fue rechazada: DOMÍNGUEZ, *El procedimiento monitorio*, p. 114.

(115) DOMÍNGUEZ, *El procedimiento monitorio*, pp. 41-42; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 439-440; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 132-133; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 6; BONEY, p. 803; CFGE 4/1980, apartado 3, A).

(116) FENECH, *El proceso*, p. 464.

(117) LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 67-68, aunque muestra su extrañeza por la falta de este requisito.

se acusó hasta tal punto de que ambos hechos sean distintos. Y por este mismo principio acusatorio tampoco es posible entender que basten para precisar el objeto del proceso los hechos resultantes de la instrucción, porque en el caso de que constituyeran una pluralidad de hechos delictivos, lo importante es determinar si se ha acusado sólo de algunos de ellos (118) o de todos.

b) El art. 6-1, 2.º plantea fundamentalmente dos problemas: si la remisión al art. 800-3.º vale sólo en cuanto a la referencia de éste a las faltas, o también en cuanto a la referencia a los delitos comprendidos en el art. 14-3.º Lecrim; segundo, qué sentido tiene el precepto en cuanto se refiere —por la remisión— a las faltas incidentales o no incidentales.

En cuanto a los primero hay que advertir que si de esa remisión no hay que excluir la referencia de 800-3.º a los delitos de 14-3.º (119), habrá que entender necesariamente que esos delitos han de ser distintos y conexos con los que constituyan objeto específico de este procedimiento. Otra conclusión sería absurda: los delitos del art. 14 3.º Lecrim —los que restan tras la «sustracción» operada por el artículo 1 de esta Ley— tienen, caso de no ser conexos con otros que originen diferente atribución competencial objetiva y distinto procedimiento, su procedimiento adecuado en el de urgencia de los Juzgados de Instrucción.

En cuanto al segundo problema ha de advertirse, previamente, que la admisibilidad del enjuiciamiento de faltas en los procesos por delito sólo existe en nuestro ordenamiento en dos casos: a) cuando son conexas con el delito y esa conexión existe en los supuestos del art. 142-4.º, quinto Lecrim (120); b) en los procesos de urgencia cuando el hecho enjuiciado se califica como falta, admitiéndose entonces que se sentencie por este título (ese es el sentido del art. 800-3.º y 4.º cuando se refiere a faltas no incidentales).

En el nuevo procedimiento puede acusarse inicialmente por faltas no incidentales —a diferencia de los procedimientos de urgencia (artículo 790-3.º)—. Sería absurdo entender que si los hechos se califican inicialmente sólo como falta fuera adecuado el nuevo procedimiento. Es más correcto interpretar que —de este modo tan indirecto— se ha introducido un nuevo supuesto de conexión delito-falta, consistente en la simple unidad de responsable (por tanto, con menos

(118) Sobre la reducción del contenido objetivo del proceso en las calificaciones provisionales véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972, p. 93.

(119) Y no hay que excluirla puesto que, como se ha concluido más arriba, estos delitos aun siendo culposos pueden enjuiciarse, si son conexos, en el procedimiento de la LO.

(120) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 290.

requisitos que el supuesto análogo de conexión entre delitos del artículo 17-5.º).

c) La tercera especialidad se comprende, en sí misma, fácilmente: no se requiere la precisión cuantitativa del objeto de la pretensión de condena a indemnización (como en 650, 2, 1.º), sino que es admisible la sola fijación de las bases de liquidación.

El problema surge en caso de conformidad (que es, en cuanto a la pretensión civil, auténtico allanamiento). Como Lecrim presupone que, en todo caso, la pretensión de condena es líquida (art. 688, 2; 689, 692), permite que en caso de conformidad —allanamiento— se dicte inmediatamente sentencia que, además, será líquida (art. 694); pero, si el acusado o el tercero responsable civil discute el *an debeat* o el *quantum*, impone la continuación del juicio limitadamente a la parte del objeto procesal civil que se mantiene litigioso (artículos 695, 2; 700, 1). En este proceso, teniendo en cuenta la especialidad referida, es posible que el acusado o tercero responsable civil se allane, sin que la cantidad de la indemnización haya quedado fijada ni por el allanamiento, ni por el resultado de la prueba. En tal caso: ¿procede, como establece art. 7-2, «dictar sentencia sin más trámites» con el carácter de ilíquida, reservando la liquidación para un incidente declarativo del proceso de ejecución? O, diversamente, ¿ha de realizarse el juicio oral sobre el extremo del *quantum* de la indemnización? El art. 984, 3 Lecrim conduce inequívocamente a la primera solución.

13.— C) Señalamiento de la vista del juicio

Formulada alguna acusación —viene a decir el art. 7-1—, si fuera procedente según las diversas situaciones antes consideradas —diríamos más correctamente—, se procederá de inmediato a señalar la fecha de celebración del juicio para dentro de los quince días siguientes y a realizar otros actos preparatorios.

Sin duda la intención del legislador es imprimir a esta fase procesal una gran celeridad. El plazo para resolver sobre el señalamiento es impropio y, como su duración no está fijada, se entenderá que ese acto ha de realizarse sin dilación (art. 198, 1 Lecrim y el propio art. 7-1: «se procederá de inmediato»). La LO sí que fija, en cambio, el plazo en que la vista deberá empezar una vez señalada, imponiendo al juez que la fecha de celebración se halle, en principio, dentro de los quince días a contar desde la resolución (art. 7-1, 1.º).

Ahora bien, la norma del art. 7-1, 1.º —aparte del margen de manobra que, de hecho, permite al juzgado el plazo para resolver sobre el señalamiento— sufre dos excepciones según el art. 9.

Uno de los supuestos que permiten la excepción está perfectamente definido: los delitos de lesiones en cuya calificación influyen la duración de éstas y sus secuelas, de modo que hasta que la sanidad no esté acreditada no podría realizarse la vista. Esta norma requiere, sin embargo, alguna precisión. En primer término, parece que no excluye la aplicabilidad del primer inciso de la regla 6.ª del art. 785 Lecrim (no ser necesario el acreditamiento de la sanidad cuando proceda el archivo o el sobreseimiento), porque sólo se refiere al caso de que proceda el juicio oral, determinando la suspensión del señalamiento de la vista. En segundo lugar, sí que excluye en cambio el inciso segundo de aquella disposición, en el sentido de que siendo imprescindible el acreditamiento de la sanidad, el juicio no puede proseguir aunque el perjudicado lo pida y el M.F. no se oponga. Pero, en tercer lugar, la norma implícitamente permite que la influencia de la sanidad en la calificación no se produzca en la calificación provisional de la acusación (escrito de acusación), porque ésta ya se ha realizado cuando el señalamiento se aplaza por no hallarse acreditada la sanidad; será, pues, en calificaciones definitivas y en la sentencia, donde se tendrá en cuenta para la tipificación del delito; de no admitirse esta interpretación, la norma debería decir algo similar a lo que dispone el art. 790-2.ª Lecrim, aunque excluyendo el «en su caso».

El segundo supuesto de la excepción es más impreciso: «excepcionalmente, la práctica de cualquier otra diligencia esencial que no sea posible realizar en el plazo de quince días». El supuesto se concibe con extraordinaria restricción («excepcionalmente», «diligencia esencial»), pero no creo que deba entenderse establecido un ámbito de discrecionalidad en el que el juez pueda decidir si procede o no aplazar el señalamiento. Si un acto es esencial o no deberá deducirse de la ley; si es esencial, el aplazamiento es imperativo y no discrecional. El «excepcionalmente» no cabe entenderlo como que, por regla general, pueda prescindirse de actos esenciales preparatorios de la vista si no pueden tener lugar en el plazo de quince días, porque sería absurdo.

A la vista de lo dicho, pienso que este impreciso segundo supuesto puede concretarse en los siguientes actos: práctica de las citaciones de las partes; traslado para calificación provisional de la defensa; actos preparatorios de los medios de prueba admitidos.

14.— D) Calificación provisional del acusado y del tercero responsable civil y conformidad

Al tiempo que se señala la vista, se ha de dar traslado a los acusados del escrito de acusación para que formulen calificación provisional, requiriéndoles, en su caso, para que nombren Abogado y Procu-

rador o nombrándoles de oficio (art. 7-1, 2.º y 2). Estas actuaciones impondrán normalmente que deba suspenderse el plazo de quince días.

Como es sabido, el acusado carece —salvo restringidísimas excepciones— de capacidad de postulación, por lo que ha de actuar en el proceso mediante abogado y procurador. Por otro lado, su defensa mediante el órgano de postulación no es una carga suya, sino que el ordenamiento la impone, en último extremo, prescindiendo de su voluntad (121). Esto implica que el plazo de cinco días para calificación provisional de la defensa no pueda transcurrir válidamente, sino desde el momento en que conste en el proceso que la capacidad de postulación del acusado está integrada (122).

Si el acusado ha nombrado ya abogado y procurador, puede ordenarse el traslado de la acusación sin más preámbulos. Pero, en otro caso, es preciso requerirle previamente para que los nombre y nombrarles de oficio si fuera negativo el resultado del requerimiento. Es muy optimista pensar que estos actos, más luego los necesarios cinco días para calificar, puedan realizarse en el plazo máximo de quince días (123). Primera posibilidad, pues, de que ese plazo no se respete.

Por lo dicho antes, aunque la calificación no se presente dentro del plazo de los cinco días, la vista no puede empezar (124). Cualquier anomalía en el cumplimiento del plazo de calificación de la defensa comporta una nueva posibilidad de suspender el plazo de los quince días.

La razón de estos dos supuestos de suspensión del plazo de los quince días se hace en que, a diferencia de lo dispuesto en el proceso de urgencia J.I. (art. 791-7.ª, par. 4), el plazo no se fija cuando han concluido los actos preparatorios —incluida la calificación de la defensa—, sino con anterioridad a algunos de ellos.

(121) GIMENO SENDRA, J. V., *La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción*, en RD Pro Iberoam, 1977, pp. 103-145; MORENO CATENA, *La defensa*, pp. 107-116.

(122) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 442. No muy claro sobre esta cuestión PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 138.

(123) SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 428-429, 440.

Por otra parte, aunque se pudiera, es obvio que el plazo de cinco días para calificación y proposición de pruebas es insuficiente para que un abogado que no ha seguido el desarrollo de la instrucción —por haber sido nombrado al darse traslado para calificar o como consecuencia de las dificultades interpretativas apuntadas sobre la intervención en aquella fase procesal—, pueda preparar una defensa eficaz. Este inconveniente se agrava por las insistentes referencias a la excepcionalidad en el aplazamiento de señalamientos y en la suspensión del juicio, que contribuirán a rigорizar una práctica ya restrictiva en estas cuestiones.

(124) SERRA, *El juicio oral*, en *Estudios*, pp. 774-775; RAMOS MÉNDEZ, F., *La situación del enjuiciamiento criminal en España*, en *Justicia* 83-III, p. 562.

Por lo demás, la calificación provisional de la defensa no presenta ninguna especialidad respecto a la normativa de Lecrim, con las excepciones (art. 7-2, pár. 1) de que 1) el plazo de calificación, si hubieran varios acusados, no es sucesivo sino común para todos ellos; y 2) no se da traslado de los autos para calificar, sino sólo del escrito de acusación, poniéndose los autos de manifiesto en secretaría.

Tampoco hay especialidad en punto a la conformidad del acusado, salvo que pueda entenderse que no se limita su admisibilidad a dos momentos del procedimiento (calificación de la defensa, apertura de la vista), haciéndola admisible en cualquier momento del procedimiento posterior al acto de acusación y anterior a la conclusión de la vista (art. 7-2). En cuanto a sus restantes presupuestos y a sus efectos rige Lecrim.

La LO no se refiere al traslado para calificación al tercero responsable civil. Ha de regir en este punto la normativa supletoria, pues no hay motivo para pensar que, en caso de legitimación pasiva de tercero no responsable penal, la pretensión civil no se acumula y, presupuesta su acumulación, pronunciarse sobre ella sin dar oportunidad de defensa sería inconstitucional (art. 24-1 CE).

15.— E) Problema de la admisibilidad de artículos de previo pronunciamiento

No cabe duda de que las cuestiones enunciadas en el art. 666 Lecrim puede proponerse en este proceso —tanto por las partes acusadoras como por las acusadas— para que resuelva sobre ellas el o.j.

El problema es si estas cuestiones pueden proponerse antes de formularse el escrito de acusación o el de calificación provisional para que sean objeto de tratamiento y resolución separada y previa —como ocurre en el proceso ordinario y en el de urgencia de la Audiencia Provincial—, o si, diferentemente, habrán de proponerse en esos mismos escritos y ser objeto de discusión en el juicio y de resolución en la sentencia final —como en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción—: «También se propondrán (en el escrito de calificación provisional) cuantas cuestiones puedan plantearse, que serán resueltas en la sentencia» (art. 790-3.º Lecrim) (125).

La remisión genérica a Lecrim (126) no resuelve, obviamente, el problema. El profesor FENECH se inclina por el planteamiento y resolución previas, de acuerdo con las normas del procedimiento de urgencia de la Audiencia Provincial (127).

(125) FERRER MARTÍN, *La reforma procesal penal*, pp. 676-677, 694.

(126) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 142-143.

(127) FENECH, *El proceso*, p. 465.

A mi modo de ver, el recurso —sin duda necesario— a la normativa supletoria debe limitarse a lo que la propia LO no haya regulado. De los artículos 6-1 y 7-2 se deduce una regulación en sentido negativo del planteamiento previo de las cuestiones del art. 666 Lecrim. Consecuentemente, la normativa supletoria adecuada es la del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción que, partiendo de la misma prohibición, añade luego la posibilidad de planteamiento acumulado y la disposición de que estas cuestiones serán resueltas en la sentencia (128).

16.— F) Actos relativos a la prueba

Hay que distinguir tres tipos de actuaciones.

a) Proposición de la prueba y enjuiciamiento de su admisión.

En los escritos de acusación las partes acusadoras (art. 6-1, par. 3) y, en las calificaciones provisionales, las partes acusadas (art. 7-2), tienen la posibilidad procesal de proponer medios de prueba. Ese momento, a diferencia del proceso ordinario y de modo similar a los procesos de urgencia (art. 800-1.º y 791-8.º Lecrim) no es preclusivo, porque la prueba puede también proponerse en la vista, aunque su admisión está entonces condicionada por un presupuesto adicional, como veremos.

En cuanto a la forma de proponer cada medio de pruebas rigen las normas de Lecrim para el proceso ordinario (arts. 656, 657 Lecrim), que, por lo demás, son incompletas porque sólo se refieren a la testimonial y a la pericial y, aun respecto a la última, no contienen indicación alguna sobre la determinación del objeto de la pericia. Un cumplimiento estricto de los requisitos de proposición de los medios de prueba es, en principio, condicionante de la admisibilidad de los medios en apelación en el caso de que no hubieran sido admitidos o practicados en la primera instancia (art. 11-1 en relación con el artículo 792-2.º Lecrim).

La admisión de los medios de prueba depende, aparte de su pertinencia (art. 8), de su correcta proposición formal y de la legalidad del medio propuesto, bien sea en general, bien en especial. Especialmente en este proceso, por la remisión del art. 10-1 al art. 791-8.º Lecrim y de éste al art. 800 Lecrim, el juez puede acordar que la prueba pericial se practique por un solo perito, a diferencia del proceso ordinario en el que debe practicarse por dos como mínimo (art. 459, par. 1, art. 484 Lecrim).

No rige, en consecuencia, el peculiar límite a la admisión que, en el proceso de urgencia J.I., establece el art. 791-6.º, par. 2: que las

(128) Así, también, BONA, *El enjuiciamiento oral penal*, p. 803.

pruebas no se hayan practicado en las diligencias preparatorias por causas ajenas a la voluntad del proponente o que hubieran sido practicadas sin su previa citación. No rige, ni podría regir, porque si la LO se cumple en sus estrictos términos, los actos de investigación (no las pruebas) practicadas durante la instrucción previa no se habrán realizado como actos procesales con intervención judicial, sino por la policía judicial. La distinción entre acto de investigación y acto de prueba, no menos clara en los restantes modelos procesales aunque en ellos la investigación sea también judicial (129), es, en este proceso, radical. Como se ha advertido por la CFGE 4/1980 (3, B): «dado que es posible llegar a esta fase final del procedimiento tras un simple escrito de acusación contruido sólo sobre los actos de investigación practicados por la policía judicial, bien puede decirse que las pruebas de carácter propiamente judicial pueden serlo únicamente las del juicio oral las cuales «proyectarán una influencia más decisiva que en los demás, procesos sobre la alternativa condena-absolución». Estas afirmaciones han de admitirse con reparos, porque no es menos cierto que en los demás procesos —excluido el de urgencia del Juzgado de Instrucción— la investigación previa aunque sea judicial carece de la eficacia de la actividad probatoria. Sin embargo, son reveladoras de que la degradación que ha sufrido en la práctica la distinción entre acto de investigación y de prueba no debe alcanzar a este procedimiento, por el carácter no judicial de la investigación.

b) Preparación de la práctica de la prueba.

En algunos casos es necesaria la realización de específicos actos preparatorios de los medios de prueba admitidos para que puedan ser practicados en la vista. Estos actos han de realizarse antes de que la vista se inicie, lo cual, como dijimos antes en 11, puede motivar a la norma sobre señalamiento.

La prueba testifical ha de ser preparada en el caso de que, al proponerla, la parte hubiera pedido que los testigos o alguno de ellos ha manifestado que se encargará ella misma de hacerlos concurrir que se tenga que hacer uso de la excepción, establecida en el art. 9, fuera citado judicialmente (art. 656, par. 2 Lecrim), consistiendo la preparación precisamente en la práctica de la citación (arts. 659, par. 5, 660, 661 Lecrim). La preparación no es necesaria si la parte ha manifestado que se encargará ella misma de hacerlos concurrir a la vista.

La preparación de la prueba pericial puede ser necesaria por varias razones y consistir en diferentes actos. Si se requiere la práctica de algún reconocimiento previo, éste debe realizarse antes de la vista

(129) Véase mi *Eficacia probatoria del acto de investigación*, pp. 367-385.

para evitar una eventual suspensión (art. 725 Lecrim) que esta Ley sólo permite en términos muy restrictivos (art. 10-1, 4.ª). Otro acto preparatorio de la pericial la resolución de la recusación de peritos que haya podido plantearse (arts. 662-663 Lecrim).

La preparación de la prueba documental adolece en la Lecrim de falta de regulación. No precisa ser preparada cuando los documentos han sido incorporados a las actuaciones en la instrucción previa y cuando la propia parte los acompaña al escrito de acusación o de calificación provisional, salvo que en estos casos se solicita cotejo con documentos originales. Las aportaciones documentales pueden también producirse hasta la apertura de la vista (Disposición final primera en relación con art. 799, par. 3 Lecrim), aparte de la posibilidad de realizarlas en la misma vista que luego veremos. Precisa de preparación cuando las partes la proponen solicitando del Juzgado que requiera de otros organismos o, en general, de terceros la aportación de documentos.

La prueba de inspección ocular requiere no sólo preparación anterior a la vista, sino que es un supuesto típico de necesidad de práctica anticipada.

c) Práctica anticipada de la prueba.

El art. 8 regula la práctica anticipada de la prueba respondiendo al planteamiento correcto de considerarla como una excepción justificada a la concentración de la vista. Es una norma similar, por no decir idéntica, a la del art. 657, par. 2 Lecrim, aplicable al proceso ordinario y al de urgencia de la Audiencia Provincial (como se deduce, para el último, de art. 799, par. 4 Lecrim)) y absolutamente diferente a la del art. 791-6.ª par. 1 Lecrim (aplicable en urgencia del Juzgado de Instrucción). Esta última disposición significa, pura y simplemente, un «despedazamiento» de la unidad de la vista, que depende de una decisión del juez ni siquiera discrecional, sino meramente arbitraria y que conduce a la absoluta negación de la concentración.

Frente a eso, el art. 8 no autoriza incondicionalmente la práctica de pruebas antes del juicio oral sino que la hace depender de que las pruebas no puedan practicarse en el juicio.

Esta previsible imposibilidad —presupuesto de la anticipación— puede ser absoluta —la prueba no será previsiblemente practicable en ningún momento y lugar— o relativa —no podrá practicarse en el acto del juicio ya señalado—.

17.— EL JUICIO ORAL: A) En general

La regulación del juicio oral está integrada por una normativa específica para este proceso («las siguientes particularidades» a las que se refiere el art. 10) y por una normativa supletoria expresamen-

te invocada por el art. 10 («las normas establecidas en el art. 791, regla 8.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»). Ahora bien, si se atiende a esta última disposición se observa cómo continúa la «cascada» de remisiones a normativas supletorias pues, a su tenor, «el juicio oral se celebrará ajustándose a la forma ordinaria, con las modificaciones establecidas en los artículos 800 y 801 de la Ley en cuanto sean aplicables» y, desde luego, con arreglo a las normas específicas establecidas en la propia regla 8.ª del art. 791.

Para aclarar, al menos formalmente, este complejo panorama de remisiones normativas, puede decirse que son aplicables a falta de específica disposición contenida en el grupo normativo aplicable con preferencia, las siguientes normas: 1) las normas específicas del artículo 10; 2) las normas específicas del juicio oral del proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción de la Audiencia Provincial (artículos 800 y 801 Lecrim); 4) por fin, las normas del juicio oral del proceso ordinario (arts. 680 y sigs. Lecrim).

De todo ello sólo han de estudiarse ahora las normas específicas del art. 10.

18. — B) Régimen jurídico de la incomparecencia del acusado y del tercero responsable civil.

El art. 10-2.ª, par. 2 establece, en definitiva, el mismo régimen jurídico que el art. 791-8.ª, pár. 2 Lecrim para el procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción. Sólo hay una especialidad: la iniciación del juicio es momento preclusivo para la alegación del impedimento de comparecer, aunque una interpretación teleológica del precepto permitiría excepcionar esta norma de preclusión en algunos supuestos (130).

Aunque el carácter esencialmente no específico de esta regulación nos eximiría de extendernos sobre la misma, es conveniente efectuar tres consideraciones.

Primera, que la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, se limita al supuesto de incomparecencia y sólo si concurren determinados requisitos, de modo que el régimen jurídico de la rebeldía permanece intangible en los términos de Lecrim y es aplicable en el nuevo procedimiento (131).

Segunda, que el hecho de que la citación personal en sentido estricto sea presupuesto de la celebración del juicio en incomparecencia, no significa —como parece dar a entender el art. 7-1, 1.º— que

(130) Sobre esto véase mi *La ausencia del imputado en el proceso penal*, en *RD Pro Iberoam*, 1978, pp. 460-463.

(131) ORTELLS, *La ausencia del imputado*, pp. 434-450.

ése sea el único modo válido de citación del acusado y del tercero responsable civil (132).

Tercero, que la interpretación literal del art. 10-2.ª, pár. 2, en cuanto equipara el tratamiento de la incomparecencia del tercero responsable civil con la del acusado, conduce a resultados contrarios a los de la interpretación sistemática del precepto (133).

19. — C) Nueva posibilidad de proposición de prueba. Práctica de la prueba

De modo similar a los procesos de urgencia (art. 800-1.ª Lecrim), es admisible también la proposición de prueba formulada en el acto del juicio (art. 10-3.ª).

La admisibilidad de esta prueba depende, en primer término, de su pertenencia y, en segundo lugar, de que pueda «practicarse en el acto». Esto último significa, a mi entender, que el medio de prueba propuesto no precise de preparación, sino que pueda procederse a su práctica de modo inmediato. Esta limitación es comprensible porque, en otro caso, la posibilidad de proponer prueba en el juicio podría utilizarse como táctica dilatoria.

Decía que esta norma es similar a la del art. 800-1.ª, similar pero no igual. En el art. 899-1.ª se limita temporalmente la posibilidad de proposición al momento en que el presidente pregunta a las partes si tienen nuevas pruebas que aportar lo que ocurre apenas iniciado el juicio, después de que el trámite de conformidad haya dado resultados negativos. Del art. 10-3.ª no se deduce esta limitación, por lo que la proposición de nuevas pruebas es admisible hasta el momento en que concluya la fase del juicio oral destinada a la práctica de la prueba.

La práctica de la prueba se somete a la normativa ordinaria de Lecrim, con la especialidad, derivada de la aplicación preferente de las normas de los procesos de urgencia, de que la prueba pericial puede practicarse por un solo perito (art. 10 en relación con 791-8.ª y con 800-2.ª, los dos últimos de Lecrim).

(132) ORTELLS, *La ausencia del imputado*, pp. 450-453, 463-466.

(133) Ni el régimen de la rebeldía del imputado en el proceso penal es aplicable al tercero responsable civil (arts. 834 sigs. Lecrim), ni en el juicio oral del proceso ordinario por delitos graves habla —ya antes de la reforma de 1967— obstáculo a su realización en caso de incomparecencia del t.r.c. (arts. 700, pár. 1 en relación con el 695 Lecrim). No tendría sentido pensar que el art. 791, 8.ª, pár. 2 Lecrim (y también el art. que comentamos) han pretendido aumentar las garantías para esta parte y disminuir las del acusado— todo ello en comparación con las que ofrece el proceso ordinario por delitos graves.

20.— D) *Calificaciones definitivas*

Respecto a las calificaciones definitivas el art. 10-5.º introduce la especialidad de su formulación oral en todo caso. En los demás procesos han de presentarse por escrito (arts. 732, 800-3.º Lecrim), aunque en la práctica no se exige la presentación de un nuevo escrito en el caso de que las partes se limiten a elevar a definitivas sus calificaciones provisionales.

Por la importancia de la calificación definitiva de la acusación para determinar la correlación de la sentencia con la misma, es necesario que su contenido se documente suficientemente en el acta.

Sobre las repercusiones de la calificación definitiva en orden a la competencia objetiva y a la adecuación del procedimiento ya se ha tratado antes (134).

21.— E) *Informes y formulación eventual de alegaciones sobre la suspensión de la condena*

Si pudiera interpretarse el art. 10-5.º en el sentido de que cada parte informa inmediatamente a continuación de formular su calificación definitiva, esa interpretación debería rechazarse. Lo advierto porque el texto de la disposición es algo equívoco sobre ese aspecto.

Los informes finales se realizan después de la formulación de las calificaciones definitivas por todas las partes, con el objeto de que cada una de ellas pueda tomar postura frente a la calificación definitiva de las demás y, en su caso, frente a la tesis propuesta por el juez en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 733 Lecrim. Estos actos se realizan, pues, en el mismo orden que en el proceso ordinario (arts. 732-734 Lecrim), que no sufre alteración en la regulación de los procesos de urgencia.

Sí que constituye, en cambio, una especialidad la admisibilidad de formular eventualmente en los informes, alegaciones sobre la suspensión de la condena. En los demás procesos, la audiencia de las partes (no de todas, sino sólo del M.F. o del legitimado para instar la persecución de delitos no perseguibles de oficio (135)) con este fin, se produce después de la firmeza de la sentencia que haya condenado a pena susceptible de suspensión. En este proceso se obliga a formular estas alegaciones con carácter eventual, es decir para que

(134) *Supra*, apartado 5.

(135) No parece correcto entender que por la genérica referencia a las partes del art. 10, 5.º LO se haya ampliado el círculo de las partes que deben ser oídas antes de resolver sobre la remisión, cuya determinación puede verse en FENBCH, *Derecho*, II, pp. 1439-1440.

tomadas en consideración si se dicta sentencia de condena a pena susceptible de remisión, con lo que se consigue eliminar el incidente posterior a la firmeza de la sentencia.

22.— F) *Suspensión e interrupción del juicio oral*

Sobre la materia de suspensión e interrupción del juicio incide la regla 4.ª del art. 10. Es necesario determinar el preciso alcance de esta especialidad, no muy claro a primera vista.

En primer término hay que advertir que la nueva norma no supone que los supuestos de suspensión del juicio queden limitados en este proceso al de la imposibilidad de practicar en el acto un determinado medio de prueba que se considere imprescindible (136). Lo que ocurre es que la norma sólo introduce innovaciones en ese supuesto de suspensión, pero ésta cabe también por todos los restantes supuestos previstos en el art. 746 Lecrim, que es aplicable en este proceso en virtud del juego de remisiones normativas (art. 10, pár. 1 al art. 791-8.º Lecrim; de éste al art. 801 Lecrim; del pár. 1 del último al art. 746).

Veamos ahora cuál es el alcance innovador del art. 10-4.º respecto a los arts 746 y 801 Lecrim. En primer término, aquella norma se refiere a la suspensión del juicio para practicar cualquier medio de prueba, mientras que éstas sólo contemplan directamente la suspensión por incomparecencia de algún testigo y, por tanto, con el fin de practicar una prueba testifical momentáneamente imposible y, de modo indirecto, la suspensión para practicar el reconocimiento judicial y la prueba testifical en el domicilio del testigo residente en la sede el Tribunal, en cuanto para estos fines toda la Sala o uno de sus miembros ha de constituirse fuera del lugar de las sesiones (artículo 746-2.º en relación, respectivamente, con arts. 727 y 718 Lecrim).

En segundo lugar, en su específica proyección sobre la prueba testifical, el art. 10-4.º elimina la restricción establecida en el art. 801, par. 3 Lecrim —consistente en limitar la suspensión al caso de que, considerada la declaración prestada por el testigo en el sumario, el Tribunal no se estimará suficientemente informado con el resto de la prueba practicada en el juicio y con la declaración sumarial— y, esencialmente, reinstaura el presupuesto de suspensión en la formulación del número 3.º del art. 746 Lecrim. Esto implica que, para determinar si es imprescindible la declaración del testigo no comparecido, el Tribunal ha de hacer abstracción del contenido de la declaración que hubiera podido prestar en la instrucción previa (137).

(136) También en el sentido de no excluirse los restantes supuestos del art. 746 Lecrim, PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 158-160.

(137) Sobre la interpretación de estos dos artículos de Lecrim, véase mi *Eficacia probatoria*, pp. 403-407.

Por fin, en cuanto a los restantes medios de prueba, el art. 10-4.º, aparte de reconocer directamente la posibilidad de suspender el juicio para hacer posible su práctica, subordina en general la posibilidad de suspensión a que se trate de una prueba imprescindible. Es decir, ha de ser una prueba susceptible de decantar en un sentido o en otro la consideración como probado de cualquier hecho jurídicamente relevante, sin que ese mismo resultado se haya obtenido o pueda obtenerse con la práctica de otras pruebas admitidas.

El art. 10-4.º no es, en cambio, innovador en cuanto excluye que la suspensión del juicio por imposibilidad de practicar pruebas consideradas imprescindibles se convierta en interrupción del juicio. Eso mismo ya lo excluía el art. 749 *a sensu contrario*. Terminada la suspensión, el juicio continúa desde el momento en que se suspendió, sin tener que reproducirse desde el principio. La disposición es, no obstante, incorrecta al decir que el nuevo juicio (mejor: sesión) se limitará a la práctica de nuevas pruebas. En efecto, si el juicio se suspendió en la fase probatoria, ha de continuarse en esa fase, a la que seguirán la formulación de las calificaciones definitivas y los informes (138).

Es obvio, por lo acabado de decir, que el art. 10-4.º deja intactos los supuestos de interrupción de la vista (art. 749), de modo que es innecesaria una expresa aclaración sobre la vigencia de los mismos en este proceso (139).

23. — LA SENTENCIA

Son tres las innovaciones a destacar: una referida a la motivación fáctica de la sentencia, la posibilidad de pronunciamiento oral del fallo en el acto del juicio y la declaración de firmeza de la ausencia por consentimiento de todas las partes en el acto del juicio.

De acuerdo con el artículo 10-6.º, párr. 1 la sentencia no está correctamente motivada en cuanto a los hechos si solamente se expresa en ella qué hechos han quedado probados, sino que ha de expresar también qué pruebas han conducido a estimar probados esos hechos y mediante qué razonamiento sobre las mismas ha llegado el juez a un determinado resultado probatorio. Es decir, no basta con expre-

(138) FENECH, *El proceso*, p. 466. Contra lo que dice GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 361, no creo que esto suponga una ruptura de la unidad de acto, más de lo que ya la implican los supuestos de suspensión previstos por *Lecrim*.

(139) Lo aclaran, aunque de modo incompleto, CFGE 4/1980, apartado 3, B); FENECH, *ob. y lug. cit.*, nota 138; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 444.

sar el resultado de la operación, sino también los factores tenidos en cuenta y la operación misma.

La norma —en principio, aparentemente formal— permitirá corregir una concepción incorrecta del principio de libre apreciación de la prueba. Este principio sólo significa que ninguna norma legal impone al juez, dados ciertos presupuestos, que tenga por probado o no un determinado hecho, pero no le autoriza a llegar arbitrariamente a una declaración de hechos probados sino que le deja libre para llegar a la conclusión de acuerdo con las reglas (culturales) a las que debe ajustarse el razonamiento humano para ser calificado como correcto.

Al amparo de la expresión ambigua del art. 741, párr. 1 *Lecrim* («apreciando, según su conciencia, las pruebas...») y de una disposición sobre la motivación, no exclusiva, pero si excesivamente insistente sobre la «declaración de hechos probados» (art. 142-2.º *Lecrim*), se ha mantenido entre nosotros una tesis contraria a la antes expresada. De ella se resiente la CFGE al reconocer a la nueva disposición una incidencia sobre el mismo sistema de valoración de la prueba en nuestro proceso penal (140). Eso es excesivo: la apreciación de la prueba continúa siendo libre; la nueva disposición supone un mecanismo formal que forzará a que ese sistema de valoración sea rectamente aplicado (141).

Otra desviación en la concepción del principio de libre apreciación puede ser corregida mediante esta norma. Libre apreciación tampoco significa posibilidad de tomar en consideración todo dato relevante para la prueba de los hechos cualquiera sea el modo en que haya sido conocido por el juez (142). El ámbito de lo que el juez puede valorar está acotado por las normas procesales: la prueba practicada en el juicio oral (art. 741, par. 1, *Lecrim*), la prueba practicada anticipadamente o mediante auxilio judicial y los actos de investigación de la instrucción previa, pero en cuanto a estos últimos, sólo si se dan los presupuestos del art. 730 *Lecrim* y si se introducen en el juicio en la forma por él escrita (lectura) (143).

La nueva disposición, en cuanto obliga formalmente al juez a expresar en la sentencia los medios de prueba en que funda su convicción, permitirá el control (144) en el recurso de apelación de la

(140) CFGE 4/1980, apartado 3, B).

(141) Así FENECH, *El proceso*, p. 467; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 42-45, criticando las afirmaciones de la CFGE cit. en nota 140.

(142) Sobre la utilización del principio de libre apreciación para legitimar la toma en consideración, por el Tribunal del juicio, de la instrucción previa, véase mi *Eficacia probatoria*, pp. 370-371, 377-379.

(143) ORTELLS, *Eficacia probatoria*, pp. 383-385.

(144) Control difícil con la norma de motivación del art. 142, 2.º *Lecrim*: ORTELLS, *Eficacia probatoria*, pp. 416-417.

infracción de aquellos límites en cuanto al material probatorio susceptible de ser tomado en consideración.

El art. 10-6.^a, par. 2 le permite al juez anticipar oralmente el fallo en el acto del juicio.

No se trata propiamente de una sentencia *in voce* como la prevista en el proceso laboral (145), porque aquí sólo se formula oralmente el fallo o parte dispositiva, siendo en todo caso preceptiva, posteriormente, la formulación escrita de la sentencia completa, con la motivación.

Si bien la norma no impone ni una formulación sumaria de la motivación en ese acto, la formulación oral del fallo debe ser completa, es decir no cabe ni dejar para la redacción escrita de la sentencia la resolución de alguno de los objetos del proceso (si fueron varios), ni condenar genéricamente a reserva de ulterior determinación de la clase y cuantía o duración de la pena. Lo último sólo es admisible en cuanto a la pretensión procesal civil acumulada (art. 984, par. 3 Lecrim).

Hay que entender, por otra parte, que el fallo es vinculante para el juez desde el momento en que lo emite y no desde el momento en que firme la sentencia, como dispone el art. 161 Lecrim para el caso de sentencia escrita.

La posterior redacción por escrito de la sentencia ha de ser coherente con el fallo precedentemente emitido, en el sentido de que la motivación ha de ser adecuada para fundamentar ese fallo. En la discordancia pueden hallarse motivos para la apelación de la sentencia. Es cierto que esto no ocurre diferentemente cuando fallo y motivación son simultáneos, sólo que es más probable, de hecho, que las discordancias se produzcan cuando no existe simultaneidad.

En la práctica pueden haber reticencias frente al uso de esta posibilidad por el temor a que un enjuiciamiento apresurado se convierta en fuente de errores (146). Sería una obviedad indicar que se utilizará en casos que le resulten claros al juez. Pero sí que tiene interés advertir que el óbice más decisivo provendrá generalmente de la dificultad de la *quaestio iuris*, porque, al menos en cuanto al más fácil recuerdo de los resultados probatorios, este momento parece el más oportuno para que el juez forme su juicio sobre los hechos.

(145) Sobre ésta véase MONTERO, J., *El proceso laboral*, I, Barcelona, 1982, pp. 166-167; RODRÍGUEZ SANTOS, B., AVILA ROMERO, M., *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral*, II, 1981, p. 333.

(146) FENECH, *El proceso*, p. 467; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 161-162; BONET, *En enjuiciamiento oral penal*, p. 805.

El art. 10-7.^a se refiere a dos cosas distintas: expresamente, a la posibilidad de que la sentencia cuyo fallo se ha emitido *in voce* sea declarada firme en el mismo juicio oral si todas las partes la consienten; implícitamente, al consentimiento de la sentencia por alguna de las partes, que sólo implica la pérdida por ella de la posibilidad de recurso, pero no la firmeza de la sentencia.

Específicamente respecto al primer tema sólo es necesaria la advertencia de que se requiere el consentimiento de la sentencia por todas las partes; también, en su caso, del actor civil y del tercero responsable civil, aunque la norma olvide referirse a ellos, porque las otras partes no pueden disponer de derechos procesales ajenos.

Respecto a ambos temas, dos consideraciones.

Primero, que por las referencias al condenado y a la condena pudiera entenderse que el consentimiento del fallo en el acto del juicio sólo es admisible si la sentencia es de condena. El principio de igualdad sufriría, con esta interpretación, una excepción injustificada (147). Una interpretación más correcta es que resulta admisible el consentimiento cualquiera sea el sentido del fallo, pero que, en caso de ser éste condenatorio, se requiere —tanto para la firmeza como para la pérdida del derecho a recurrir— el doble consentimiento del defensor técnico y del condenado.

En segundo lugar, surge el problema de la impugnabilidad del fallo declarado firme (o de su impugnabilidad por la parte que lo hubiera consentido), en el caso de que los vicios aparezcan en la redacción escrita de la sentencia (148).

La doctrina lo resuelve en sentido negativo (149) o se limita a aconsejar que no se haga uso de la facultad de consentir la sentencia (150), probablemente porque no se ha formado una opinión segura sobre la solución que corresponde al problema expuesto.

A mi juicio la solución negativa sólo es indiscutible cuando los vicios que motivarían la impugnación queden explícita o implícitamente cubiertos por el fallo consentido. Es, en cambio, dudosa, en caso de divergencias entre el fallo oral y el fallo escrito o cuando la motivación fáctica resulte insuficiente o inadecuada para fundar el fallo emitido.

(147) Rechazando esa interpretación PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 161.

(148) Este problema no se plantearía si hubiera que entender que la declaración de no recurrir no es atendible después de la emisión oral del fallo, sino después de la notificación de la sentencia. Esto último, si bien lo avalaría una interpretación literal («decretará la firmeza de la sentencia»), resulta contradictorio por la interpretación sistemática.

(149) Así FENECH, *El proceso*, p. 468.

(150) CFGE 4/1980, apartado 3, B); PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 162; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 430.

Por fin, resulta claro que el art. 10-7.^a no implica que el plazo para interponer el recurso de apelación tenga su *dies a quo* en el momento en que se emita oralmente el fallo. La norma sólo contempla la eficacia de unos actos de consentimiento que las partes pueden realizar (facultativamente) si el fallo se emite en el juicio. El plazo del recurso continúa comenzando el día siguiente al de la última notificación de la sentencia escrita (art. 212, pár. 1 Lecrim).

24. — RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA. SEGUNDA INSTANCIA

Contra la sentencia final cabe exclusivamente recurso de apelación ante la Audiencia provincial. No es admisible recurso de casación contra la resolución que dicte la Audiencia. La regulación del recurso de apelación es la misma que rige en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción (art. 11). Sólo es conveniente referirse expresamente a dos cuestiones: efectos del recurso y material probatorio sobre el que se basa la sentencia de la segunda instancia.

Este recurso de apelación es admisible en dos efectos, es decir, produce también el efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia. Esto no lo dice la LO expresamente, pero se deduce con claridad del art. 11-3 cuando subordina la ejecución a la firmeza de la sentencia y de la normativa supletoria (art. 792-2.^a, par. 2). El problema se plantea respecto la incidencia de la sentencia de primera instancia no firme sobre las medidas cautelares que estuvieran acordadas. El art. 11-2 hace una referencia parcial al mismo, aunque sin contenido normativo por usar la expresión «cuando proceda», que significa remisión a unos presupuestos que la disposición no establece. Puede aplicarse por analogía el art. 861 bis a) Lecrim que se refiere a la materia en el caso de que esté pendiente recurso de casación.

En cuanto a las medidas cautelares patrimoniales esa disposición no parece permitir su alzamiento aunque la sentencia sea absolutoria, lo cual parece contradictorio con lo dispuesto en el art. 612 Lecrim, según el cual procede el alzamiento parcial si hay motivos bastantes para creer que la cantidad garantizada es superior a la que previsiblemente pueda imponerse.

En cuanto a las medidas cautelares personales hay que distinguir. Si la sentencia fuera absolutoria y el acusado estuviera en prisión, procede que se decrete su libertad, absoluta y no provisional, pues el art. 861, bis a), pár. 4 Lecrim no restringe el alcance del término libertad; claro que, entonces, no se entiende por qué la norma

no establece que se acuerde la libertad plena del acusado, cuando se hallara en libertad provisional (151).

Si la sentencia condenara a pena privativa de libertad, el art. 11-2 dispone que el juez mantendrá o acordará, cuando proceda, la prisión provisional, lo que debe entenderse como una remisión a los presupuestos (y límites temporales) que fijan los artículos 503 y 504 Lecrim.

Respecto a la segunda cuestión hay que decir que el material probatorio en el que se funda la sentencia de segunda instancia puede ser, eventualmente, en parte nuevo respecto al recogido en la primera. Ello ocurre cuando se practican nuevas pruebas que no pudieron proponerse en primera instancia, que fueron entonces indebidamente denegadas o que, admitidas, no se practicaron por causas no imputables a las partes (art. 792-2.^a Lecrim). Pero, en todo caso, en la segunda instancia el tribunal *ad quem* puede valorar nuevamente la prueba practicada en la primera, aunque —habida cuenta de la regulación del art. 792— sin necesidad ni posibilidad de reproducción de la misma ante aquel tribunal. En segunda instancia se produce, pues, una excepción al principio de inmediación, porque el tribunal ha de juzgar no sólo sobre la prueba eventualmente practicada ante él, sino también sobre la documentación de la prueba practicada ante el juez.

Esta documentación está constituida por el acta de las sesiones del juicio oral a la que se refiere, en esta Ley, el art. 10-8.^a. La regulación del contenido del acta que hace el art. 743 Lecrim es muy parca (152): se comprende que así sea porque esa disposición se inserta en un sistema que no preveía la apelación y en el que era suficiente que el acta contuviera referencia precisa a aspectos importantes para el recurso de casación, no hallándose entre los mismos la narración pormenorizada de la práctica de la prueba (153). No es, en cambio, comprensible que esa regulación no haya sido completada cuando se han establecido procesos penales con segunda instancia. El acta del juicio, en este caso, debe ser lo suficientemente ilustrativa de la prueba practicada, que permita su valoración por el tribunal *ad quem* (154). De ahí la conveniencia de que la complementación

(151) Sobre esto véase mi *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, en RGLJ, 1978-5, p. 483.

(152) Acerca de la misma véase LLORCA ORTEGA, J., *La documentación de la vista en el juicio oral por delitos*, en Justicia 82-IV, pp. 114-137.

(153) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 261.

(154) PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 167-168; FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma...?*, p. 75.

de la misma «por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita» no sea sólo facultativa —como establece esta Ley en el artículo 10-8.º— sino obligatoria. En otro caso se crea el peligro de que las insuficiencias del acta sean suplidas acudiendo a la documentación —más detalladamente regulada— de la instrucción previa.

ARTICULOS

**LA REFORMA DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES
ANALIZADA A TRAVÉS DE TRES RECIENTES
RESOLUCIONES JUDICIALES**

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Barcelona, de 27 marzo 1984: Cualquier acreedor está legitimado para formular demanda de nulidad de actuaciones en la ejecución seguida por otro acreedor contra el deudor común. — 3. Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Barcelona, de 13 enero 1984: Las partes no pueden denunciar la nulidad de actuaciones procesales realizadas antes de su comparecencia. — 4. Auto de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 18 enero 1984: El órgano jurisdiccional puede apreciar de oficio la existencia de nulidades procesales. — 5. La denuncia de nulidad de actuaciones después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. — INTRODUCCIÓN

El Boletín Oficial del Estado del día 7 agosto 1984 publica la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en 26 junio 1984, cuya entrada en vigor se señala para el día 1 septiembre 1984. En líneas generales dicho Proyecto incurre en los defectos ya analizados en nuestro estudio publicado en esta Revista (1), siendo muy escasos

(1) SERRA DOMÍNGUEZ, *Observaciones críticas sobre el Proyecto de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Justicia 83», pp. 775 y ss.

los artículos en que se han recogido algunas de las sugerencias allí apuntadas (2).

No ha tenido tanta suerte la propuesta relativa a la modificación del artículo 745 LEC conservando el incidente de nulidad para las actuaciones judiciales distintas de las resoluciones. La única enmienda postulando dicha solución (3) fue rechazada (4). Prevalció en definitiva el criterio, a nuestro entender erróneo, de considerar que «todas» las nulidades podían ser denunciadas mediante los recursos ordinarios, lo que provocó la tajante declaración de inadmisibilidad del art. 742, 2: «Será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos».

En anteriores trabajos (5) nos habíamos mostrado partidarios de conservar el sistema legal vigente, ya que los abusos eran exclusivamente debidos a la defectuosa interpretación del incidente de nulidad de actuaciones por la jurisprudencia de los Tribunales: «la regulación del incidente de nulidad de actuaciones en la LEC de 1881 puede estimarse como correcta. La aplicación jurisprudencial de los preceptos legales es, en cambio, totalmente perturbadora. La

(2) Hay que destacar al respecto la nueva redacción del artículo 261 LEC, sustancialmente coincidente con el art. 260 propuesto por el Colegio de Abogados de Barcelona («Justicia, 83», p. 984); el establecimiento de un plazo máximo para mejor proveer en el art. 341 LEC; o la modificación de escalas progresivas de los embargos de sueldos y salarios ligándolas al salario mínimo interprofesional en el art. 1.451 LEC.

(3) Las enmiendas números 350 y 351 del Diputado de Alianza Popular Don Luis Vega Escandón, proponían la siguiente redacción del art. 742, 2: «No podrá proponer como incidente la nulidad de actuaciones. Los vicios que puedan producir tal efecto se harán valer a través de los correspondientes recursos. Sin embargo, procederá este incidente cuando no exista posibilidad de subsanar tales vicios por la vía del recurso». (Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, *Enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 132).

(4) Boletín Oficial de las Cortes, 9 diciembre 1983, núm. 30.I.3, p. 320/37. Es revelador dicho Boletín de hasta qué punto el espíritu de mayoría partidista influenció los debates en torno a una Ley de carácter técnico como la de Enjuiciamiento Civil. Únicamente las enmiendas del partido socialista, aunque fueran de simple estilo, y algunas, muy raras, del Grupo Popular, prosperaban en los debates. No debe extrañar que el producto resultante sea incluso más imperfecto que el primitivo Proyecto de Ley, y que MUÑOZ SABATÉ, *Sobre el proyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Mon Jurídico», núm. 10, enero 1984, haya podido afirmar que se «tiene la sensación de que para ser experto y técnico en materias de procedimiento civil se ha de ser forzosamente socialista».

(5) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente de nulidad de actuaciones*, en «Justicia 81», pp. 45 y ss.; *Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Por un proceso civil eficaz», Barcelona, 1983, p. 342; y en «Constitución, Derecho y Proceso», Zaragoza, 1983, p. 636; y en *Observaciones críticas*, cit., p. 806.

solución sería muy fácil: cambiar la jurisprudencia. Se ha preferido, no obstante, suprimir el incidente de nulidad en las leyes más recientes, olvidando que si la nulidad existe, resulta un contrasentido esperar la sentencia para declararla, convirtiendo en inútil todo lo actuado». Nuestra tesis, compartida por VERGER GRAU (6), era que la nulidad sólo podía tramitarse incidentalmente respecto de las actuaciones distintas de las resoluciones, ya que la nulidad de las resoluciones tenía su cauce específico en los recursos ordinarios. La ley acentúa esta última característica, pero olvida que existen casos en que la nulidad no puede ser denunciada a través de recursos, y que en ellos es forzoso establecer un cauce procedimental para la tramitación y resolución de la pretensión anulatoria.

Nada mejor para demostrar el desacierto de la solución legislativa que comentar tres resoluciones concretas recientes de los Tribunales de Barcelona sobre nulidad de actuaciones, que presentan un especial interés tanto por la doctrina contradictoria de las primeras, y, a nuestro entender, pese a ello errónea en ambas; como por la ausencia de regulación de sus supuestos de hecho en la actual legislación reformada; y sobre todo, en la última resolución, por la confianza de que la prudente actuación jurisprudencial pueda servir para corregir los manifiestos defectos de la reciente solución legislativa.

2.— SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 5 DE BARCELONA, DE 27 MARZO 1984: CUALQUIER ACREEDOR ESTÁ LEGITIMADO PARA PROPONER LA NULIDAD DE ACTUACIONES EN LA EJECUCIÓN SEGUIDA POR OTRO ACREEDOR CONTRA EL DEUDOR COMÚN.

«CONSIDERANDO: Que el primer y fundamental problema que se plantea en el presente incidente de nulidad de actuaciones es si la demandante, X, está legitimada para instarlo, tema que ya se planteó y fue desestimado al resolver el recurso de reposición contra la providencia de admisión, pero que es necesario abordar de nuevo por cuanto en aquel auto se estimó que algunas de las cuestiones planteadas afectaban al fondo de la cuestión litigiosa.

CONSIDERANDO: Que la doctrina ha venido ampliando el concepto de parte en el proceso y con ello el ámbito de las personas que se hallan legitimadas para interponer el incidente de nulidad de actuaciones a todas aquellas personas que, aunque no llamadas a juicio por el actor, ostenten un legítimo interés en el asunto y soliciten ser parte, o les afecte de algún modo el fallo que debe recaer en el procedimiento en sus derechos. De aquí que haya de reconocerse el interés de X para comparecer en el presente incidente de ejecución de sentencia al estar acreditado su carácter de acreedor en la herencia yacente de Y y haber quedado suspendida la ejecución de los derechos sobre

(6) VERGER GRAU, *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1982.

la misma en virtud del expediente de solicitud, por parte de los herederos de Y, del beneficio de deliberar y concesión del Juzgado competente del plazo de nueve meses. Si no se aceptara la legitimación de Y para la presente demanda de nulidad de actuaciones, nos encontraríamos con el contrasentido de que estaría en manos exclusivamente de los herederos de Y el paralizar o no los distintos litigios seguidos contra la herencia yacente, tal como ha ocurrido en el presente caso en que han paralizado el ejecutivo de X y ningún obstáculo han puesto en este procedimiento y ello produciría la indudable consecuencia del perjuicio de los acreedores a los que se les paralizara su juicio y el beneficio de aquellos que beneficiándose de la paralización de procedimientos ajenos, continuarán los propios hasta hacer liquidación de todos los bienes afectados a distintas responsabilidades, cuya preferencia se debe determinar al margen de la mera voluntad de los herederos, pues ello se presta a una posible colisión de intereses en perjuicio de otros, igualmente merecedores de protección. De todo lo cual ha de ingerirse la legitimación de la actora que no tiene otro camino para paralizar la ejecución de la sentencia dictada en este procedimiento.

CONSIDERANDO: Que las actuaciones procesales cuya declaración de nulidad se insta en el presente incidente son nulas de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3.º del Código Civil, por infringir una norma imperativa cual es la contenida en el art. 259 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. El expediente instado por los herederos de Y en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de esta ciudad con el núm. 1.082/80 se halla en la actualidad en el transcurso del plazo de nueve meses concedido a los herederos para la aceptación de la herencia, plazo de nueve meses naturales que prevé el art. 259 de la Compilación y que se inició el día 24 de septiembre de 1983 según la providencia del día 22 y que fine por tanto el día 24 de junio de 1984. En consecuencia, cuando se promovió la ejecución de la sentencia dictada en el presente juicio de mayor cuantía ya se hallaba admitido a trámite el expediente que en la actualidad se encuentra en plena tramitación. El art. 259 de la Compilación establece la prohibición de que pendiente el expediente no podrán accionar contra la herencia los legatarios y los fideicomisarios y tampoco los acreedores que no sean hipotecarios y por tanto Z (el actor) queda vinculado por la prohibición de accionar contra la herencia y aun admitiendo que el juicio declarativo pudo interponerse a fin de constituir el título por el cual Z es acreedor de la herencia yacente, el mismo debió paralizarse hasta que finalizara el plazo para deliberar y si los herederos no lo han hecho así, ha de admitirse lo haga el acreedor de la herencia que puede ver frustradas sus expectativas por tal inactividad, máxime teniendo en cuenta que el actor principal sabía la existencia del expediente de solicitud del beneficio de deliberar y al solicitar la ejecución actuó en contra de lo dispuesto en el art. 259 de la Compilación.

CONSIDERANDO: Que ha de estimarse concurren todos los requisitos procesales exigidos, aparte de la legitimación, para el presente incidente de nulidad de actuaciones, ya que se plantea en el curso del juicio en que se han cometido las faltas que motivan la nulidad y el instante no ha podido hacer uso de los recursos ordinarios en el procedimiento en el que ni siquiera era parte, por lo cual sólo se le ofrece como medio válido para que sus derechos no queden totalmente perjudicados el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones, y en base al cual y de conformidad a lo interesado por el instante procede declarar la nulidad de todas las actuaciones producidas en estos autos en ejecución de sentencia respecto de los bienes de la herencia yacente de Y.

Dicha sentencia plantea interesantísimos problemas que no podemos abordar en ese momento, derivados en gran parte de la combinación entre una desafortunada redacción del art. 259 de la Compilación catalana que, tras permitir al heredero solicitar un plazo de nueve meses para deliberar en torno a la aceptación o repudiación de la herencia, añade literalmente que «durante este período no podrán accionar contra la herencia los legatarios y fideicomisarios, ni tampoco los acreedores que no sean hipotecarios», y las pésimas condiciones de funcionamiento de la Administración de Justicia, ya que habiéndose solicitado dicho beneficio en 1980, no se provee hasta el día 24 septiembre 1983, lo que determina que durante el plazo de cinco años transcurridos entre el fallecimiento del deudor —12 junio 1979— y la terminación del plazo para deliberar —24 junio 1984—, no se pueda accionar frente a la herencia...

A los efectos del presente trabajo nos interesan dos cuestiones:

a) ¿Está legitimado cualquier acreedor para solicitar la nulidad de la ejecución, o por el contrario únicamente los herederos pueden solicitar la paralización, que no la nulidad, de la ejecución?

b) Si se concede acción a los acreedores para pedir la nulidad de otra ejecución, ¿por qué cauce procesal habrán de ejercitar dicho derecho después de la supresión del incidente de nulidad de actuaciones?

Podemos anticipar nuestra respuesta a ambas cuestiones en el sentido de que los acreedores, como totalmente extraños al beneficio de deliberar, no pueden alegarlo en un proceso en que no sean partes; y que tan sólo el heredero puede utilizar dicho beneficio, no para anular las actuaciones practicadas, sino simplemente para paralizar el proceso durante la pendencia del beneficio de deliberar:

a) La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy restrictiva en orden a admitir que los terceros puedan utilizar el incidente de nulidad de actuaciones. Las sentencias de 1 marzo 1882, 5 junio 1922, 8 enero 1929, 23 diciembre 1939, 21 febrero 1945 y 25 noviembre 1969, son terminantes al respecto.

b) Las escasas sentencias que admiten que un tercero pueda proponer, en un juicio ordinario posterior, un incidente de nulidad de actuaciones (Ss. 12 diciembre 1950: nulidad de actuaciones de un procedimiento sumario hipotecario con base en el art. 132 LH; y 3 noviembre 1960: impugnación de partición en un juicio de testamentaría), no contemplan tanto situaciones procesales, como consecuencias materiales de una actuación procesal, que pueden ser discutidas por el tercero precisamente por no venir afectado por la cosa juzgada de la sentencia (7).

(7) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente de nulidad*, cit., p. 85.

c) La doctrina unánimemente rechaza que los terceros absolutos pueden formular incidente de nulidad de actuaciones (8). Únicamente se admite que «los terceros con derecho a ser parte, o sea los intervinientes principales y adhesivos» puedan formular el incidente, pero advirtiéndolo que «ninguno de ellos está legitimado para interponer el incidente de nulidad contra actos anteriores a su constitución como partes» (9). Conclusión lógica ya que el tercero debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre, sin que pueda éste retroceder en modo alguno.

d) La doctrina española es muy reacia a admitir la intervención adhesiva de un acreedor en el proceso seguido por otro acreedor contra el deudor común. Se estima (10) que «para que el tercero quede legitimado para intervenir es preciso que sufra un perjuicio jurídico, que su relación jurídica dependa de la deducida en el proceso por las partes» de forma tal que «no legitima la intervención el perjuicio económico que podía sufrir como consecuencia de un proceso fraudulento que tiene otros medios de defensa».

e) Si el acreedor no puede comparecer como interviniente adhesivo, con menor razón podrá concedérsele legitimación exclusiva para pedir la nulidad de actuaciones del proceso. De generalizarse dicha doctrina, le resultaría muy fácil a cualquier acreedor paralizar las ejecuciones de los restantes acreedores contra el deudor común. Con el agravante de que, en la legislación derogada, aun no estimándose la nulidad de actuaciones, la admisión del recurso de apelación en ambos efectos prolongaba la suspensión de la ejecución.

f) Al margen de dichos principios generales, lo cierto es que el acreedor no tiene tampoco interés legítimo, ya que el beneficio de deliberar no se concede al acreedor, sino exclusivamente al heredero, para facilitar su defensa en el proceso seguido contra el causante, en el que sólo podrá intervenir una vez aceptada la herencia. Si el heredero no ejercita su derecho a suspender el proceso, éste seguirá su curso, sin que pueda otro acreedor ejercitar facultades privativas del heredero respecto de las que carece de cualquier derecho de disposición.

g) Tampoco cabe afirmar que el heredero no sea libre para solicitar la suspensión en algún proceso y no solicitarla en los res-

(8) MORÓN PALOMINO, *La nulidad en el proceso civil*, Barcelona, 1957, páginas 150-151; GIMENO GAMARRA, *El incidente de nulidad de actuaciones*, RDP, 1949, p. 517; VERGE GRAU, *El incidente de nulidad*, cit., p. 226.

(9) VERGE GRAU, *El incidente de nulidad*, cit., p. 220.

(10) MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972, pp. 194 y ss.

tantes. Ya que el derecho de defensa tiene carácter voluntario en el proceso civil, y de la misma forma que el demandado puede contestar a la demanda o mantenerse en rebeldía, el heredero con beneficio de deliberar puede utilizar o no su facultad suspensiva del proceso, según convenga a sus intereses. La tesis de la sentencia examinada nos llevaría al absurdo de permitir a un acreedor formular excepciones en sustitución de su deudor en el juicio ejecutivo instado por otro acreedor contra el deudor común.

h) La comunidad de acreedores respecto de una única ejecución, pese a estar imperfectamente regulada en nuestro ordenamiento procesal (11), tiene su solución natural en el concurso de acreedores o en la quiebra. El acreedor que se considere perjudicado por la suspensión puede instar el concurso o la quiebra de la herencia (12), con lo que verá perfectamente protegido su derecho a la «par conditio creditorum».

i) Ni siquiera en el presente caso podría el heredero solicitar la nulidad de la ejecución. Su único interés estriba en que se paralice la ejecución por mientras decide si acepta o repudia la herencia. Mientras no ejercite dicha facultad, la ejecución es válida, en cuanto fundada en una sentencia firme, y por consiguiente no puede ser anulada ni siquiera a instancia del heredero, y mucho menos por tanto a instancias de un acreedor, extraño totalmente a la relación jurídica discutida en el proceso, y que ni siquiera después de la aceptación o repudiación de la herencia podrá intervenir en las actuaciones procesales cuya nulidad ha solicitado.

j) No debe olvidarse que, de conformidad con el antiguo artículo 742 LEC el incidente de nulidad de actuaciones debe tener relación inmediata con la validez del procedimiento, sin que quepan dentro del incidente cuestiones de carácter material (13). La existencia de un eventual beneficio de deliberar reconocido en otro proceso es cuestión extraña al proceso en que se solicita la nulidad y que por consiguiente debe ser repelida de oficio por el Juzgado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 743 LEC.

Tras este examen, forzosamente resumido, podemos extraer dos afirmaciones de interés para el presente estudio:

1.ª — La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia y la doctrina, ofrecían medios más que suficientes para evitar la perturbación procesal producida en el caso examinado. Es a los Tribu-

(11) ORTIZ DE NAVACERRADA, *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, Madrid, 1969, propone interesantes soluciones al respecto.

(12) ROBLES GARZÓN, *La quiebra de la herencia*, Barcelona, 1969.

(13) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., p. 64.

nales y no a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que hay que imputar el fracaso práctico de la nulidad de actuaciones.

2.ª — El discutible derecho reconocido por la sentencia examinada a los acreedores para instar la nulidad de la ejecución de otro acreedor frente al deudor común, carece de cauce específico en la nueva regulación legal, ya que no existe resolución alguna susceptible de recurso, la supuesta nulidad se funda en una actuación extraprocesal, y además el acreedor no estaría legitimado para recurrir contra las resoluciones dictadas en proceso en que no ha sido parte.

3. — AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 1 DE BARCELONA DE 13 DE ENERO 1984: LAS PARTES NO PUEDEN DENUNCIAR LA NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES REALIZADAS ANTES DE SU COMPARECENCIA.

«RESULTANDO: Que por el Procurador X en la representación de que se ha hecho mérito, se promueve incidente de nulidad de actuaciones, en base a las siguientes alegaciones: 1.ª) Que sus mandantes poseen su domicilio en Montrabe (Francia), Chemin du Vieux Moulin; 2.ª) Que la actora había interpuesto la demanda de autos manifestando que desconocía el paradero de los demandados por lo que solicitaba que la notificación de la demanda y la citación de remate se efectuara por edictos al amparo del art. 460 LEC; que tal afirmación de mala fe se enfrentaba tajantemente con la realidad, pues a la actora le constaba ya, muchos meses antes de interponer la demanda, el domicilio de sus representados, como acreditaba con la carta que adjuntaba que hacía referencia a otra anterior; que dictada sentencia en los autos ejecutivos, se omitió igualmente la mención del domicilio de los demandados; que a mayor abundamiento sus representados pasan las vacaciones de verano, Navidad y Pascua y algunos fines de semana en el chalet, sito en Santa Cristina de Aro, que ha sido objeto de embargo por la actora y donde sus mandantes son suficientemente conocidos para poder ser hallados. 3.ª) Que todo ello era una maniobra que se estima dolosa y por lo que se reservaba las acciones penales correspondientes; que como en su día se demostraría, todas las cambiales reclamadas habían sido abonadas por sus representados y que una financiera había encontrado muy fácil el aparentar ignorancia del domicilio de sus representados para así poder obtener una sentencia rápida por un lado y orillar cualquier oposición por otro, por lo que no cabía ni mayor indefensión ni mayor espíritu torticero. Alegaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y terminaba suplicando se le tuviera por parte, se suspendiera el juicio principal ejecutivo 467/83 y en su consecuencia y en su día, se dictara sentencia declarando totalmente nula la demanda ejecutiva así como el auto despachando ejecución y se citara de remate a sus poderdantes, así como la nulidad de todos los actos y resoluciones dictadas, con imposición de costas a la actora por su temeridad y mala fe.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que para obtener reparación de derechos vulnerados en actuaciones judiciales debe reclamarse la nulidad de éstas, no lo es menos el hecho de que el recurso de nulidad de actuaciones, como extraordinario que es, sólo cabe cuando se ha agurado sin éxito los ordi-

narios y no quepa otro medio para obtener la reparación, siendo de destacar, a mayor abundamiento, que si bien es cierto que con carácter general el incidente de nulidad de actuaciones únicamente puede promoverse y sustanciarse dentro del procedimiento que se le origina, también lo es que este principio rige solamente cuando el que se siente agraviado ha sido parte en el juicio por sí o debidamente representado, supuestos fácticos que no se dan en el caso de autos.

CONSIDERANDO: Que abundando en la problemática planteada por el recurso de nulidad, ello obliga a este órgano jurisdiccional al examen del artículo 1.480 LEC y a una debida interpretación del mismo, de todo lo cual se revela la prohibición de la admisión de toda demanda o incidente que no sean los de acumulación y competencia, o las tercerías, debiendo ser rechazados los presentados con otro objeto».

La resolución transcrita se mueve en un plano totalmente distinto de la anterior llegando a conclusiones contrarias. La restricción del incidente de nulidad de actuaciones se lleva, pese al antiguo art. 745, 1.º LEC, a sus últimas consecuencias:

a) El ejecutado, al no haber comparecido en autos, no es parte y no puede denunciar la nulidad de actuaciones que impidió su comparecencia temporánea.

b) Sólo cabe acudir al incidente después de agotados los recursos ordinarios, por lo que no habiéndose formulado previamente recurso, el incidente de nulidad es inadmisibile.

c) El incidente de nulidad de actuaciones no tiene cabida en el juicio ejecutivo, en méritos de lo dispuesto en el art. 1.480 LEC.

No estamos de acuerdo con ninguna de dichas proposiciones ya que:

a) Se es parte independientemente de la efectiva comparecencia en el proceso. La legitimación del demandado se adquiere por su mera designación en la demanda, incluso antes de haber comparecido en el proceso. El rebelde es parte, aunque no haya comparecido. La práctica judicial es expresiva al respecto: se tiene al demandado por «comparecido y parte», lo que indica claramente que la comparecencia es posterior a la adquisición de la condición de parte. La doctrina es unánime al respecto: «no es preciso que quien pida la nulidad sea parte en el proceso en el momento en que la falta se cometió, sino que basta con que tenga derecho a serlo para que pueda comparecer y promover el incidente solicitando la nulidad de las actuaciones practicadas con anterioridad» (14). Máxime habida cuenta que el defecto procesal denunciado es precisamente la falta de emplazamiento que hubiera permitido la comparecencia.

(14) GIMENO GAMARRA, *El incidente*, cit., p. 517; VERGE GRAU, *El incidente*, cit., p. 215.

b) Tal como creemos haber demostrado en nuestro estudio (15) existe una manifiesta incompatibilidad entre el incidente de nulidad de actuaciones y los recursos ordinarios. Si el defecto procesal puede denunciarse mediante los recursos, es totalmente improcedente el incidente de nulidad de actuaciones, que debe estimarse reservado para aquellas actuaciones judiciales distintas de las resoluciones, y que por consiguiente no admiten recurso alguno. Precisamente el defectuoso emplazamiento del demandado constituye uno de los supuestos típicos de incidente de nulidad de actuaciones (16). Los recursos ordinarios son doblemente improcedentes:

a') Por no existir resolución judicial recurrible. El defecto del emplazamiento no estriba en una resolución judicial errónea, sino en circunstancias ajenas a la resolución judicial determinantes de la nulidad: expresión errónea del domicilio del demandado, o práctica material del emplazamiento en forma distinta a la prevista por las leyes (art. 279 LEC). No se impugna una decisión judicial, sino una actuación judicial.

b') Por ser inadecuado el trámite del recurso para resolver cuestiones acaecidas fuera del proceso, y que requieren procedimiento probatorio. En el caso concreto examinado, el conocimiento por parte del demandante del domicilio del demandado sólo podía acreditarse a través de algún medio probatorio, cuya práctica es imposible en un recurso de reposición.

c) Por último discrepamos de que en el juicio ejecutivo no pueda proponerse nulidad de actuaciones. Lo que prohíbe el artículo 1.480 es que en el transcurso del incidente de oposición a la ejecución pueda plantearse la nulidad de actuaciones, precisamente por el carácter tasado de las causas de nulidad del art. 1.467 LEC. Pero nada impide que pueda promoverse incidente de nulidad de actuaciones fundado bien en la falta de emplazamiento, bien en cualquier defecto procesal posterior a la sentencia de remate (17).

Estimamos pues que en el caso analizado no sólo debió ser admitido a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, sino que además, de acreditarse los hechos alegados, hubiera debido decretarse la nulidad del procedimiento, y disponer el emplazamiento de los demandados en su verdadero domicilio. El incidente de nulidad de actuaciones cubría en dicho supuesto una verdadera necesidad jurídica y contribuía a evitar la indefensión.

(15) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., p. 55.

(16) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., p. 62; es más, estimamos que precisamente el litigante rebelde es el único que puede solicitar la nulidad de resoluciones judiciales dictadas antes de su comparecencia, sin necesidad de formular previamente recursos (ob. cit., p. 60).

(17) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., p. 80.

Pero con la nueva redacción del artículo 742 LEC, no le va a ser posible al demandado defectuosamente emplazado acudir al incidente de nulidad de actuaciones. La laguna legal es grave y puede provocar de hecho verdaderas indefensiones, que se hace preciso cubrir mediante las soluciones que expondremos en próximos apartados.

4. — AUTO DE LA SALA 2.ª DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA DE 18 ENERO 1984: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PUEDE APRECIAR DE OFICIO LA EXISTENCIA DE NULIDADES PROCESALES.

SUPUESTO DE HECHO: En proceso de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas se formula incidente de nulidad de actuaciones fundado en la admisión indebida por el Juzgado de determinada prueba documental. Pese a la prohibición de la norma 12.ª del art. 70 LSA, el Juzgado de Primera Instancia admitió a trámite el incidente, contra cuya resolución se formularon recursos de reposición y apelación, fundados precisamente en dicha norma. La Audiencia Territorial, de oficio, declaró la nulidad de la providencia admitiendo el recurso de apelación por imperativo de la misma norma denunciada como infringida. Formulada recurso de súplica por el recurrente, alegando que si bien la resolución recurrida era correcta, era en cambio incompleta al no decretar la nulidad de la providencia de admisión del incidente de nulidad de actuaciones, la Audiencia Territorial estima el recurso y decreta la nulidad de la providencia admitiendo a trámite el incidente de nulidad de actuaciones.

«CONSIDERANDO: Este mecanismo (la Audiencia no conoce del asunto hasta que, precluida la fase probatoria, llegan a su decisión todas las cuestiones planteadas en el litigio) completado con la norma 12.ª del artículo 70 LSA, con la previsión de que en ningún caso se admitirán otros incidentes o recursos que los que expresamente mencionan los apartados precedentes del mismo artículo, salvo el de reposición que podrá siempre interponerse; y ha dado lugar a que la Sala, en su reciente Auto de 29 de diciembre de 1983, haya interpretado las paralelas normas del Estatuto de la Propiedad Industrial en el sentido de que la remisión que en ambas leyes especiales se hace con carácter supletorio a las de la Ley de Enjuiciamiento Civil no debe entenderse concretada en las del procedimiento ordinario de mayor cuantía, sino en los del menor cuantía, precisamente porque evita las dilatorias dentro del proceso y relega a la fase decisoria todas las cuestiones que de cualquier forma se planteen en las dos fases anteriores, sin interrumpir el curso de los autos.

CONSIDERANDO: De ahí que no pueda entenderse posible en el caso que se contempla, ni el recurso de apelación, cuyo trámite rechazó la Sala y es objeto ahora de la súplica, ni el de nulidad de actuaciones que tampoco está en la disposición de las partes, improcedencia que no constituye una opinión decisoria de una cuestión planteada por las partes, sino la simple aplicación de un precepto legal; pero ello no excluye que, toda vez que estas cuestiones han llegado a conocimiento de la Sala, aunque sea en momento procesal inoportuno, deba examinarse la denuncia de las supuestas nulidades de trámites que se dicen producidas en la fase probatoria para salir al paso, por economía procesal, de las que deben ser subsanadas de oficio.

CONSIDERANDO: Que es en tal sentido en el que debe observar que al decretarse en el Auto de 13 de diciembre último la nulidad de las actuaciones

practicadas por el Juzgado desde su providencia de 6 de octubre, se dejó en realidad vigente la de 12 de septiembre que había admitido a trámite como cuestión previa e impeditiva prohibida por la norma 12 del artículo 70 de la Ley especial, un incidente de nulidad de actuaciones referido a la admisión de determinadas pruebas propuestas extemporáneamente por la demandada, providencia que hay que entender asimismo nula ya que, como se ha dicho, no cabía tener planteada en esta clase de procesos tal cuestión de previo pronunciamiento».

Dicha resolución es una clara muestra de la importante función de los Tribunales en la determinación concreta del derecho y más singularmente en la definición de las normas procesales de las que son destinatarios y consiguientemente principales responsables de su éxito o de su fracaso. La efectiva realización de cualquier ordenamiento procesal no cabe atribuirlo tanto al legislador, que se limita a planificar con mayor o menor acierto el desarrollo del proceso, cuanto a la prudencia de los Tribunales que al cumplir o infringir dichas normas, y en su caso al interpretarlas, en muchos casos sin impugnación posible, actualizan diariamente el ordenamiento procesal, por lo que gráficamente ha podido afirmarse que la jurisdicción se resuelve en la sustitución por el Juez del ordenamiento jurídico (18).

Si la labor de los Tribunales ha sido un factor primordial en la desaparición en nuestras leyes del incidente de nulidad de actuaciones, creemos sinceramente que son los Tribunales los únicos que pueden remediar la grave laguna procesal provocada por el legislador al suprimirlo, simplemente haciendo aplicación de la norma general del art. 1 LEC: «en la forma ordenada por la ley», expresión en el ordenamiento procesal de la regla general del art. 6, 3.º, del Código Civil, declarando de oficio la nulidad de todos aquellos actos procesales realizados en forma distinta en la prevista en las leyes.

El Auto de 18 enero 1984 transcrito constituye la mejor demostración de la prudencia de los Tribunales. Evidentemente, dentro del ámbito del poco afortunado procedimiento especial del art. 70 LSA, son improcedentes los recursos de apelación, y por tanto el Tribunal Superior puede inadmitirlos de oficio aunque nadie lo haya pedido. Pero aunque el recurso en sí mismo sea improcedente, puede servir de vehículo para poner en conocimiento del Tribunal superior infracciones procesales cometidas por el inferior, y entonces, incluso inadmitiendo el recurso, el Tribunal, de oficio, puede decretar la nulidad de todas aquellas resoluciones procesales dictadas por el inferior de las que venga en conocimiento.

En realidad, nos encontramos ante un supuesto extremo y poco corriente, ya que en definitiva la misma disposición legal que imponía la inadmisión formal del recurso, obligaba a estimarlo en cuanto al fondo. Con la curiosa particularidad, además, de que el recurrente, interesado en evitar la dilación inherente al incidente de nulidad de actuaciones, resultó doblemente beneficiado por la inadmisión de su recurso de apelación, no sólo por obtener en definitiva una resolución favorable a sus intereses, sino además por obtenerla sin la dilación inherente a los trámites del normal procedimiento de la apelación: en cuatro meses se resolvía una cuestión que por el procedimiento normal requeriría un mínimo de dieciocho meses... Pero ante la supresión de la nulidad de actuaciones, resulta evidente la utilidad que puede derivarse del conocimiento de oficio por parte de los Tribunales de cualesquiera defectos procesales. La parte perjudicada por la nulidad, no podrá proponerla directamente como tal, pero al menos podrá denunciar informalmente al Tribunal la existencia de la nulidad, para que, si el Tribunal la estima existente, decrete de oficio la nulidad de actuaciones.

Dicho sistema ofrece ciertamente graves dificultades prácticas de aplicación, propias de cualquier actuación jurisprudencial no reglada por las leyes procesales:

a) En primer lugar, mientras la nulidad de oficio podrá decretarse fácilmente en los supuestos de simple aplicación incorrecta de cualquier norma procesal, como es el caso estudiado por el Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona, su aplicación será mucho más difícil cuando se trate de infracciones fundadas en el desconocimiento de hechos extraprocesales. No estando prevista la práctica de prueba, el Tribunal no podrá decretar la nulidad de la actuación denunciada, por falta de elementos de juicio suficientes. La práctica de prueba sólo será posible en el recurso de apelación, al amparo de la regla 3.ª del artículo 862 LEC, si la infracción procesal se hubiere producido con posterioridad al período de proposición de prueba en primera instancia, o dentro de la misma instancia si fuera anterior. En los dos supuestos antes examinados resultan claras las dificultades probatorias derivadas de la reforma: la pendencia del beneficio de deliberar sólo hubiera podido acreditarse mediante justificación documental; mientras el conocimiento por el ejecutante de los domicilios de los ejecutados, podía además justificarse en segunda instancia, al amparo del núm. 5.º del art. 862 LEC. Evidentemente, la solución propuesta es mucho más imperfecta que la anterior en donde siempre era posible la práctica de prueba limitado a diez días (art. 753 LEC), pero el desconocimiento por el legislador de los precedentes legales y doctrinales del incidente de nulidad de actuaciones, determina este indiscutible retroceso procesal.

(18) SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 5.ª Ed., Padua, 1957, p. 7.

b) Además, el procedimiento de oficio ofrece el grave inconveniente de la falta de la debida contradicción. El Tribunal conocerá sólo la versión de la parte perjudicada por el defecto procesal, pero no la versión de la parte contraria. La falta de audiencia de ambas partes puede provocar ciertamente errores de juicio que sólo imperfectamente pueden corregirse a través de los recursos ordinarios. Para evitarlo estimamos que no existe inconveniente procesal alguno en que el Tribunal, antes de resolver la nulidad, dé vista prudencial de la misma a las otras partes. Es decir, la misma solución prevista por el artículo 749 LEC, pero que ahora, tras la reforma, no podrá aplicarse directamente.

c) La última y más grave dificultad estriba en la desigualdad de criterios entre los diversos integrantes del órgano jurisdiccional. Precisamente una de las principales ventajas de la ley sobre la jurisprudencia estriba en el carácter general y abstracto de la primera, frente al carácter especial, concreto, y por tanto variable de la segunda. Mientras cabe depositar una mayor confianza en la resolución de un Tribunal prudente que en una planificación legal, desgraciadamente el número de Tribunales suficientemente prudentes es, por la misma trascendencia de la función jurisdiccional, realmente limitado, corriéndose el riesgo de graves desigualdades en la apreciación de las nulidades procesales. Máxime de interpretarse restrictivamente el texto del actual artículo 742 LEC en el sentido de prohibir la denuncia de nulidades procesales, siendo así que la prohibición se refiere sólo a su proposición como cuestiones incidentales, como observaremos seguidamente.

5. — LA DENUNCIA DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES DESPUÉS DE LA REFORMA.

Las anteriores reflexiones nos permiten resumir la situación creada con la supresión del incidente de nulidad de actuaciones en los siguientes puntos:

1.º — No existe modificación alguna en lo que respecta a los defectos procesales que tienen específico cauce de impugnación: el recurso de nulidad del art. 495 LEC; el recurso de nulidad del laudo arbitral; las excepciones dilatorias; las causas de nulidad 3.ª y 4.ª del art. 1467 y las 7.ª y 11.ª del art. 1.464 LEC; el recurso de queja; la denuncia de las formalidades esenciales del juicio en segunda instancia; y los motivos de casación 1.º, 2.º y 3.º del actual artículo 1.692 LEC; seguirán siendo cauce adecuado para la denuncia de nulidades procesales en los casos concretos a que se refieren.

2.º — Los vicios procesales cometidos en una resolución judicial que no se hallen comprendidos en los supuestos anteriores podrán ser denunciados, como hasta ahora, mediante la utilización de los recursos ordinaris de reposición, súplica y apelación, y además en el supuesto de los arts. 58 y 61 Decreto 21 noviembre 1952 por la protesta formal.

3.º — El real problema surge con las nulidades procesales cometidas en actuaciones distintas de las enunciadas anteriormente, de las que constituyen claro ejemplo los supuestos contemplados en las resoluciones judiciales examinadas en los apartados anteriores. Inconscientemente el legislador ha creado en dichos casos una verdadera laguna procesal, incompatible con las exigencias de la realidad forense, respecto de la que deben arbitrarse soluciones integradoras. Podemos distinguir al respecto, resumiendo lo expuesto en nuestro trabajo (19) los siguientes supuestos de actuaciones judiciales no subsumibles en resoluciones:

a) Actos de comunicación de resoluciones judiciales. Debe señalarse al respecto que el sistema de comunicaciones por correo certificado con acuse de recibo es susceptible de aumentar el número de nulidades procesales por esta causa, lo que convierte en más sensible la laguna procesal.

b) Actos de realización material de las resoluciones judiciales, en contradicción, por exceso o por defecto, con lo ordenado en las mismas.

c) Actos procesales realizados en audiencia pública con manifiesta infracción de las formalidades legales: actos de práctica de pruebas (art. 570 LEC), vistas y comparecencias (art. 313 LEC), y muy especialmente en ejecución de sentencia, en particular en las subastas judiciales (arts. 1.488 y 1.495 LEC).

d) Actos de las partes realizados bajo violencia, intimidación o dolo fuera de la presencia del Tribunal (art. 442 LEC, por extensión).

Evidentemente en todos estos casos no puede hacerse uso de los recursos ordinarios, pese a la declaración del art. 742 LEC reformado. El art. 261 del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial corregirá en cierto sentido la laguna legal, ya que tras establecer que los recursos constituyen el medio normal para denuncia de las nulidades, añade que «sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones».

(19) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., p. 62.

nes o de alguna en particular». Pese a ello, ante la falta de desarrollo procedimental del precepto, será indispensable arbitrar un procedimiento para la subsanación de dichas nulidades. De la misma forma que en el proceso penal no se regula ningún incidente de nulidad de actuaciones, y pese a ello la jurisprudencia y la doctrina (20) han admitido la denuncia de nulidades procesales, estimamos que también en el proceso civil deberá articularse un trámite sencillo para dicha denuncia, con las limitaciones indicadas en el anterior apartado, que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

1.º— Tanto el Tribunal de instancia, cuanto los Tribunales superiores al conocer de los recursos, podrán declarar de oficio la nulidad de actuaciones procesales aunque nadie se lo pida. Aun cuando dicha declaración no esté sujeta a forma alguna, para preservar el principio de audiencia y evitar posibles errores judiciales, estimamos prudente se dé traslado de la posible nulidad a las partes (21). Contra la resolución declarando de oficio la nulidad de actuaciones cabrán los recursos ordinarios.

2.º— Cualquiera de las partes podrá denunciar ante el Tribunal, en escrito fundamentado, las nulidades procesales que estime se han producido en el procedimiento. Será conveniente acompañar a dicho escrito la justificación documental correspondiente, acudiendo si es necesario a la fe notarial para dejar constancia de aquellas circunstancias que no puedan acreditarse documentalmente (22), ya que no existe trámite probatorio expreso para acreditar las circunstancias extraprocesales en que se funde la nulidad. Dicha prueba podrá no obstante intentarse junto con la prueba principal del proceso, o de la segunda instancia, aunque dicha posibilidad puede frustrarse por el art. 566 LEC.

3.º— El Tribunal, sin suspender el procedimiento ante la falta de disposición expresa al respecto, debería conceder un plazo prudencial a las restantes partes para que se pronuncien sobre la pretendida nulidad. Estimamos que dicho traslado no está prohibido por la Ley y pueda contribuir a evitar posibles errores judiciales al proporcionar mayores elementos de juicio al Tribunal, a la par que se evita una posible indefensión de las partes cuya audiencia se solicita.

(20) ALVAREZ DE LINERA, *La nulidad de actuaciones en el proceso penal*, Oviedo, 1982.

(21) Dicha audiencia está expresamente ordenada por el art. 261 del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para los dos supuestos de declaración de nulidad de oficio o a instancia de parte.

(22) Sobre el valor de dichas Actas Notariales, ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 1.215 CC*, en «Comentarios al Código Civil», dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Madrid, 1981, Tomo XVI, 2.º, pp. 86 y ss.

4.º— Transcurrido el plazo de audiencia, el Tribunal dictará la resolución que estime procedente, rechazando la pretensión anulatoria o, por el contrario, dando lugar a la nulidad de actuaciones.

5.º— Contra la resolución judicial procederán los recursos ordinarios previstos para el proceso y período procesal concretos en que se haya dictado. Dicho recurso ulterior no convierte en innecesaria la previa audiencia de las partes. En primer lugar, por razones de economía procesal, ya que resulta más sencilla la audiencia previa que la tramitación posterior. Pero además en algunos supuestos, cuando se declarara la nulidad en la sentencia definitiva, podría ocurrir que ésta no fuera recurrible en cuyo caso se habría dictado «inaudita parte», con posible infracción del art. 24 CE, e incluso de ser recurrible en apelación, la tramitación de ésta supondría una innecesaria demora procesal.

6.º— La resolución que decreta la nulidad de actuaciones, concretará cuáles sean las actuaciones nulas y, en su caso cuáles deban conservarse (23), y efectuará los pronunciamientos necesarios para la sustitución de la actuación procesal declarada nula.

7.º— En todo caso, la nulidad de actuaciones únicamente podrá declararse dentro del proceso en que se produjeron. Dictada sentencia por el Tribunal, termina su jurisdicción para entender del proceso, y por tanto no puede declarar la nulidad de actuaciones. Esta podrá ser alegada, en su caso, ante el Tribunal superior, mientras la sentencia no sea firme, mediante el recurso de apelación. Pero una vez firme la sentencia, quedan sanadas las posibles nulidades cometidas en el proceso, y ni siquiera los terceros pueden solicitar la nulidad de actuaciones en un ulterior juicio declarativo ordinario (24). Lo que no impide de una parte que los terceros puedan desconocer los efectos de la sentencia en cuanto la cosa juzgada no se extienda a ellos (25), y de otra que los supuestos de inexistencia puedan excepcionalmente declararse a través de un juicio ordinario posterior incluso por las propias partes litigantes, siempre que haya resultado imposible su denuncia dentro del proceso (26).

(23) El art. 263 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente el principio de conservación de los actos procesales: «La nulidad de un acto procesal no implicará la de los sucesivos que fueran independientes de aquél. — El Juez o Tribunal que decreta la nulidad de las actuaciones dispondrá la conservación de aquellos actos cuyo contenido habría permanecido invariable de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad».

(24) SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., pp. 67 y ss.
(25) Sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada, ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al art. 1.252 CC*, en «Comentarios al Código Civil», cit., pp. 682 y ss.

(26) Sobre el concepto y carácter excepcional de la inexistencia, ver SERRA DOMÍNGUEZ, *El incidente*, cit., pp. 47 y ss.

Finalizado nuestro estudio podemos comprobar que en realidad el legislador hubiera podido mantener perfectamente el incidente de nulidad de actuaciones, excluyendo del mismo únicamente a las resoluciones judiciales. La rapidez y mayores garantías del procedimiento incidental, la posibilidad opcional de práctica de prueba, y sobre todo el carácter reglado del procedimiento, frente a las previsibles contradicciones jurisprudenciales provocadas por la ausencia de procedimiento en la nueva Ley, aconsejaban mantener el incidente de nulidad de actuaciones en la forma propuesta por el Colegio de Abogados de Barcelona (27). Las amplias facultades procesales del Juez en la tramitación del incidente: inadmisión de la demanda temeraria; posible denegación del recibimiento a prueba de oponerse alguna de las partes; vista opcional; y sobre todo admisión de la apelación en un solo efecto; permitían evitar el fraude procesal, con amplias garantías para todas las partes, lo que puede no ocurrir de interpretarse restrictivamente por los Tribunales la supresión legal del incidente de nulidad de actuaciones.

ARBITRAJE INTERNACIONAL Y MEDIDAS CAUTELARES *

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
RAMOS & ARROYO
Abogados
BARCELONA

SUMARIO:

I. *Medidas cautelares en función de un arbitraje*; 1. La duración temporal del arbitraje; 2. Características generales de las medidas cautelares; 3. Posibilidad de adopción de medidas cautelares por los árbitros. — II. *Presupuestos de las medidas cautelares*; 1. Fumus boni iuris; 2. Periculum in mora; 3. Fianza; 4. Pendencia simultánea o posterior del arbitraje. — III. *Hipótesis de medidas cautelares*. — IV. *Procedimiento de las medidas cautelares*; 1. Solicitudes; 2. Otorgamiento de la medida; 3. Ejecución de la medida; 4. Daños y perjuicios derivados de la medida cautelar.

I.— MEDIDAS CAUTELARES EN FUNCIÓN DE UN ARBITRAJE

1. *La duración temporal del arbitraje*

Desde siempre se ha reivindicado machaconamente la flexibilidad y rapidez del arbitraje frente al formalismo y lentitud de los

* Relación general al Congreso de la AIJA, Bordeaux (Francia), 1984.

La presente ponencia general ha sido elaborada a partir de las relaciones nacionales siguientes, a cuyos autores agradezco de veras su inestimable colaboración:

ALEMANIA: Prof. Dr. Peter SCHLOSSER.
AUSTRIA: Dr. Helmut NEUDORFER.
BELGICA: Philippe de BOURNONVILLE.
DINAMARCA: T. INGEMANN HANSEN, P. R. MEURS-GERKEN y &.
FINLANDIA: Carita WALGREN.
FRANCIA: François RUHLMANN.
GRAN BRETAÑA: Peter L. STOCKWELL.
ITALIA: Pietro CASAVOLA.
SUECIA: Johan GÖTHBERG.
SUIZA: Bodo von DÜRING · Michel C. MALZACHER.

(27) Informe del Colegio de Abogados de Barcelona sobre modificaciones urgentes a introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en «Justicia 83», p. 990.

Tribunales ordinarios. De aquí que, sobre todo en las relaciones comerciales internacionales, se venga propugnando en cada ocasión una huida de las turbulentas aguas de los Tribunales del foro para refugiarse en los apacibles remansos del arbitraje. El comercio internacional necesita soluciones rápidas para los eventuales litigios que puedan surgir y, en este sentido, el arbitraje se ha revelado como el instrumento más idóneo en la mayoría de las ocasiones.

Sin embargo, las relaciones económicas se desarrollan hoy a un ritmo tan trepidante que —forzoso es reconocerlo— los instrumentos jurídicos no siempre aciertan a seguirlos a la misma velocidad. Ante todo, se ha tomado conciencia de que también el arbitraje tiene una inevitable duración temporal. Las ponencias nacionales aludidas hablan de unas duraciones medias entre seis meses y dos años (1), tiempos sumamente razonables en parangón con las presumibles duraciones medias de un procedimiento judicial. Con todo, dicha duración temporal es un condicionamiento inevitable de la institución que impacienta al cliente internacional, presuroso por obtener resultados. Cuando se habla de resultados hay que advertir que se suelen producir discrepancias entre las apreciaciones de cliente y abogado. Para éste es un resultado satisfactorio el éxito en el proceso arbitral. Para el cliente, aunque participe de dicha satisfacción, en el fondo, sólo queda verdaderamente satisfecho si, a la postre, cobra o consigue aquello que pretendía. Y ello no siempre ocurre por cumplimiento voluntario de la sentencia arbitral. A veces, no queda más remedio que ejecutarla y, si dicha ejecución ha de tener lugar en un país distinto al de origen del laudo, previo exequatur. La fase declarativa de cualquier proceso es algo que en el sentir de cualquier cliente sobra, pero que muy pocas veces los abogados podemos esquivar.

Este hecho ha determinado en los últimos tiempos que los medios jurídicos se afanen en buscar, bien fórmulas alternativas al arbitraje, bien apoyos para dinamizar y acelerar el procedimiento arbitral, o, al menos, asegurar su eficacia. En los temas elegidos para el presente Congreso tenemos tres ejemplos significativos de esta orientación, cada uno desde un punto de vista distinto: *l'expertise technique*, el *référé* arbitral, las medidas cautelares en función de un proceso arbitral.

(1) La duración mínima la señala CAVASOLA para Italia (3 meses) y la máxima MALZACHER para Suiza (2 años y medio). Todas las ponencias insisten en el carácter relativo de las cifras dadas, según las circunstancias concretas de cada arbitraje. RUBINO SAMMARTANO, *Il référé arbitral*, Rassegna dell'arbitrato 1983, pág. 304 proporciona unos datos estadísticos según los cuales sólo el 30 % de los arbitrajes dura entre 12 y 21 meses y medio.

Concretamente, por lo que a esta relación respecta, la medida cautelar es el instrumento creado para resolver el conflicto entre la exigencia de rapidez y la tardanza en resolverse el proceso principal. Casi todas las relaciones nacionales apuntan la existencia en la jurisprudencia de sus respectivos países de experiencias concretas sobre medidas cautelares en función de un arbitraje (2). Digno de especial mención es el caso resuelto por el LG de Frankfurt en el asunto *TSV München 1860 / Deutscher Fussballbund* (3). La legislación sueca, por su parte, las prevé expresamente (4). También la literatura jurídica se ha ocupado con detenimiento del tema (5).

2. Características generales de las medidas cautelares

Para centrar adecuadamente el tema específico que nos ocupa es interesante dedicar una breve consideración al significado y función de las medidas cautelares y a sus características generales.

Como es sabido, doctrinalmente existen dos posiciones distintas en torno a la configuración de las medidas cautelares. Una postura amplia, según la cual todo lo que tiene una función de aseguramien-

(2) Vid. especialmente los rapports de STOCKWELL (GB), BOURNONVILLE (B) y NEUDORFER (A).

(3) NJW 1983, pág. 761. Vid. el comentario de KORNMEIER, *Interlocutory Injunctions by Arbitration Tribunals under German Law*, en *AIJA Gazette International Arbitration*, pp. 75 y ss.

(4) Rapport de GÖTHBERG.

(5) FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 123 y ss. SCHLOSSER, P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, pp. 380 y ss. Id. en STEIN-JONAS, *Kommentar zur ZPO*, parágrafo 1034, Nr. 38. RUSSEL, *On Arbitration*, London, 1982, pp. 297 y ss. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, Paris, 1983, pp. 191 y ss. ERMANN, W., *Eilmassnahmen aus §§ 117, 127 HGB und Schiedsvertrag*, Festschrift für P. Möhring zum 65. Geburtstag, München und Berlin, 1965, p. 3. BRINKMANN, G., *Schiedsgerichtsbarkeit und Massnahmen des eintsweiligen Rechtsschutzes*, Berlin, 1977. LINDACHER, W. J., *Schiedsgerichtliche Kompetenzen zur vorläufigen Entziehung der Geschäftsführungen und Vertretungsbefugnis bei Personengesellschaften*, ZGR, 1979, p. 201. HERDEGEN, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgericht in rechtsvergleichender Betrachtung*, RIW, 1981, p. 304. MATSCHER, *Vollstreckung im Auslandsverkehr von vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen und von Massnahmen des provisorischen Rechtsschutzes*, ZZP, 1982, p. 230. SHENTON, D. W., *Attachments and other interim Court remedies in support of arbitration (The English Courts)*, IBL, 1984, p. 101. BUHART, J., *Attachments and other interim Court remedies in support of Arbitration (France)*, IBL, 1984, p. 107. KÜHN, W., *Preliminary Remedies in Arbitration matters (Germany)*, IBL, 1984, p. 111. UGHI, G. M., *Attachments and other interim Court remedies in support of Arbitration (Italy)*, IBL, 1984, p. 115. FREIMÜLLER, H. U., *Attachments and other interim Court remedies in support of Arbitration (Switzerland)*, IBL, 1984, p. 119. WEITZ, *Vorläufigen Sicherung eines Schiedspruchs durch ein staatliches Gericht in den USA*, RIW, 1984, p. 23.

to se perfila como medida cautelar y una postura más restringida, que limita el carácter cautelar de una medida sólo a aquellas que de alguna manera anticipan una ejecución futura (6). Sin dejar de reconocer que existen otras muchas instituciones que directa o indirectamente persiguen un fin de aseguramiento, en mi opinión, las medidas cautelares tienen un cometido específico que vendría determinado por las siguientes notas características:

a) *Instrumentalidad*.—La medida cautelar se subordina siempre a un proceso principal, existente o futuro, ya sea el proceso principal sobre el fondo del asunto, ya sea, por ejemplo, el procedimiento de exequatur de un laudo arbitral.

b) *Temporalidad*.—La medida cautelar no es definitiva, ni está llamada a perdurar. Su existencia viene limitada como máximo a la duración del proceso principal.

c) *Anticipación de la ejecución*.—La medida cautelar hace posible al principio del proceso aquel resultado que normalmente se consigue al final del mismo. La medida cautelar, en aras de la rapidez y urgencia del caso, permite anticipar la ejecución, a reserva de lo que luego se decida en el proceso principal. Se hace primar, dentro de ciertos límites, el factor rapidez sobre el factor seguridad, a sabiendas de que en muchos casos una resolución tardía, aun siendo favorable, equivale a una denegación de justicia.

En esta correlación de la medida cautelar con la ejecución futura es donde reside su verdadero carácter distintivo frente a otras medidas de aseguramiento. Esto explica también los límites de su propia eficacia. La medida cautelar no es el premio a una carrera de caballos, en la que gana el que llega primero a la meta. La medida cautelar no atribuye por sí misma y por lo general un determinado rango, ni supone la constitución de un derecho real en favor del que la obtiene (7). Garantiza de forma individual la ejecución futura, pero no excluye otras ejecuciones preferentes o concurrentes. Tampoco despliega sus efectos en caso de quiebra (8).

Este recurso a la fuerza coactiva propia de la ejecución jurisdiccional en la medida cautelar plantea uno de los problemas más interesantes en relación con el tema, de suerte que, según la postura que se adopte, vienen impuestas unas u otras vías de actuación práctica. Incluso, esta toma de postura previa, condiciona la viabilidad de

(6) Vid. más ampliamente mi *Derecho Procesal civil*, Barcelona, 1980, páginas 899 y ss.

(7) En cuanto a los especiales efectos de la reserva de dominio en derecho suizo vid. Rapport de DURING.

(8) En ello coinciden todos los rapports presentados.

otras figuras cuya introducción se viene ensayando en la práctica, entre ellas, el *référé arbitral*. La cuestión estriba en determinar si los árbitros pueden o no acordar medidas cautelares, cuestión que merece un tratamiento particular.

3. Posibilidad de adopción de medidas cautelares por los árbitros

Como se acaba de señalar, la nota distintiva de la medida cautelar y la que hace verdaderamente útil es su participación del carácter de la ejecución forzosa, anticipando sus efectos de forma provisional. Desde este punto de vista, es pacífico que en los sistemas jurídicos occidentales la ejecución forzosa es un monopolio del Estado. En la etapa actual de nuestro desarrollo jurídico nos hemos impuesto una renuncia a la autotutela a cambio de que el Estado asuma las cargas que comporta la administración de justicia. Por ello puede parecer cuestión vana el plantearse la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de los árbitros.

a) En efecto, la configuración tradicional del tema reconoce al árbitro la facultad jurisdiccional, la facultad de decidir, pero no la facultad de ejecutar. La ejecución y el uso de la fuerza coactiva está reservada a los Jueces. Las medidas cautelares serían pues uno de los campos típicos de colaboración y auxilio mutuo entre Tribunales estáticos y Tribunales arbitrales, con las funciones bien repartidas. Las partes deben acudir a dichos Tribunales estáticos en solicitud de cualquier medida cautelar e informar posteriormente al árbitro. Bien entendido: el recurso a los Tribunales ordinarios en solicitud de medidas cautelares no excluye la jurisdicción arbitral sobre el fondo del asunto (9). Esta posición, condicionada en muchos casos por la legislación interna, se encuentra reflejada en la mayoría de las ponencias recibidas (10). También es una postura que tiene su reflejo, expreso o tácito, en multitud de disposiciones legislativas y reglamentos de arbitraje, entre los que pueden señalarse sin ánimo exhaustivo:

(9) Expresamente, el art. VI, 4.º del Convenio europeo de 21 de abril de 1961:

«Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo.»

(10) Vid. ponencias de Suiza, Suecia, Italia, Finlandia y Dinamarca, citadas. También están redactadas desde esta perspectiva los trabajos de SHENTON, BUHART, KÜHN, UGHI y FREIMÜLLER, citados en la nota 5.

el art. 818 del *Codice di Procedura Civile* italiano (11), el art. 26 del Concordato suizo de arbitraje de 27 de marzo de 1969 (12), el artículo 8, 5.º del Reglamento de arbitraje de la CCI (13), el art. 15 del reglamento de la *Associazione italiana per l'Arbitrato* (14), el art. 13, 5.º del reglamento de arbitraje del CEPANI (15), etc.

b) Modernamente, sin embargo, la anterior posición puede considerarse susceptible de mejora, en el sentido de reconocer a los árbitros facultades para ordenar medidas cautelares en concurrencia con los Tribunales ordinarios (16). Es sintomático que también varias de las ponencias presentadas se pronuncien por la validez de una cláusula que atribuya facultades a los árbitros (17). Tan sólo formulan sus reservas en cuanto a la posible eficacia real de dicha cláusula.

En mi opinión, las siguientes consideraciones podrían establecer el marco de eficacia de una medida cautelar acordada por un árbitro:

(11) Art. 818: «Gli arbitri non possono concedere sequestri né altri provvedimenti cautelari.

Il giudice, che ha concesso un sequestro relativamente a una controversia compromessa in arbitri, pronuncia anche sulla convalida di esso senza pregiudizio della causa di merito. Lo stesso giudice, quando è intervenuta la pronuncia degli arbitri, provvede all'eventuale revoca del sequestro.»

(12) Art. 26: «Mesures provisionelles. 1. Les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles. 2. Toutefois, les parties peuvent se soumettre volontairement aux mesures provisionnelles proposées par le tribunal arbitral.»

(13) Art. 8, 5.º: «Las partes pueden, antes de la entrega del expediente al árbitro, y excepcionalmente después, solicitar a cualquier autoridad judicial medidas provisionales o conservatorias, sin contravenir por ello al convenio de arbitraje que las vincula y sin perjuicio del poder reservado al árbitro. Tal solicitud, así como las medidas adoptadas por la autoridad judicial, deben ser puestas sin dilación en conocimiento de la Secretaría de la Corte de arbitraje. Esta última informará al árbitro.»

(14) Art. 14: «Misure cautelari. — Qualora, prima dell'inizio dell'arbitrato o durante il suo svolgimento, una parte si rivolga all'autorità giudiziaria per chiedere misure cautelari, essa è tenuta ad informarne, non appena possibile, la Segreteria precisando i provvedimenti eventualmente già presi dall'autorità giudiziaria; la Segreteria ne informa con sollecitudine l'arbitro e, ove nel caso, l'altra parte.»

(15) Art. 13, 5.º: «En cas d'urgence, les parties peuvent, avant et pendant la procédure devant l'arbitre, demander à toute autorité judiciaire compétente, les mesures provisoires ou conservatoires jugées utiles. Pareille demande, ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire, devront être portées sans délai à la connaissance du secrétariat du CEPANI. Ce dernier en informera l'arbitre.»

(16) En la doctrina, pueden verse claramente SCHLOSSER, LINDACHER, BRINKMANN, HERDEGEN, en las obras citadas en la nota 5.

(17) Vid. ponencias de MALZACHER, GÜTHBERG, BOURNONVILLE, INGEMANN-MEURS, RUHLMANN, STOCKWELL, citadas. Un excelente y documentado resumen de los pros y los contras sobre la validez de las cláusulas puede verse en la ponencia de NEUDORFER, citada.

a') Ante todo y de acuerdo con la filosofía que preside el arbitraje internacional, nadie negará eficacia a una medida cautelar ordenada por el árbitro, que se cumpla espontáneamente (18). Según las estadísticas, ¿no se cumplen voluntariamente más del 80 % de las sentencias arbitrales, sin necesidad de ejecución? ¿Por qué no habrían de cumplirse de igual manera las decisiones relativas a medidas cautelares?

b') Desde el punto de vista dogmático, una cláusula general de arbitraje autoriza al árbitro para adoptar cualquier medida relativa a los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento arbitral (19). Si la eficacia de la cláusula se funda en la fuerza vinculante de la voluntad de las partes, ¿qué razón hay para recortar su eficacia en este caso concreto? Como es obvio, la cláusula sólo obliga a las partes, no a terceros. Por la misma razón, las medidas que se puedan adoptar con base en dicha cláusula tendrán la misma eficacia limitada a las partes (20). Con mayor razón, si en una cláusula de arbitraje se menciona específicamente, directamente o por referencia a un reglamento arbitral, la facultad del árbitro de adoptar medidas cautelares, no cabe duda de que se refuerza dicha posibilidad implícita ya en la cláusula.

c') En este mismo sentido es lógico que la validez de la medida se limite a la duración del proceso arbitral, de acuerdo con su propia naturaleza (21).

d') En el procedimiento de adopción de una medida cautelar por un árbitro, éste debe extremar las garantías fundamentales de dicho procedimiento y, en concreto, el principio de audiencia. Aunque en muchos casos y en muchos ordenamientos jurídicos son posibles medidas cautelares *inaudita parte*, porque luego se instrumentan mecanismos de oposición o vías de recurso, es dudoso que este proceder sea aplicable al procedimiento arbitral (22).

e') La decisión arbitral debería adoptar la forma de un laudo interlocutorio o provisional, legítimamente susceptible de ejecución, con o sin *exequatur*, según los casos (23). La resolución que adopta una medida cautelar es, por definición, ejecutiva provisionalmente y definitiva dentro de sus límites.

(18) Como muestra legislativa vid. el art. 26,2 del Concordato suizo de arbitraje, anteriormente citado.

(19) SCHLOSSER, en su ponencia citada, BRINKMANN, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, cit., pp. 32 y ss.

(20) En el mismo sentido, SCHLOSSER, STOCKWELL, en sus ponencias citadas.

(21) También SCHLOSSER en su relación, citada.

(22) Con todo vid. BRINKMANN, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, cit., pp. 73 y ss. LINDACHER, *Schiedsgerichtliche Kompetenz...*, cit., pp. 218 y ss.

(23) BOURNONVILLE, ponencia citada.

f') La contravención a lo dispuesto en la medida cautelar acordada por el árbitro sólo encuentra un paliativo por la vía de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto al fondo del asunto, o incluso por la vía sustitutiva de indemnización de daños y perjuicios. El árbitro no puede acudir directamente a la coacción. La conducta de la parte o un acto dispositivo suyo, aunque no puedan impedirse por la fuerza, pueden entrañar un determinado tipo de responsabilidad desde el punto de vista del fondo del asunto, que incluso podría tener su reflejo en el laudo definitivo.

g') El atribuir facultades cautelares a los árbitros no excluye la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios en solicitud de medidas cautelares. Son criterios prácticos los que condicionan la opción por una u otra vía en cada caso (24). Es precisamente este condicionamiento sociológico el que zanja todas las polémicas al respecto. Por razones comprensibles, todos los abogados nos movemos con un criterio de eficacia que en cada caso nos aconseja elegir la forma y el modo de la medida cautelar más allá de cualquier polémica doctrinal.

Esta nueva filosofía que, desde luego, condiciona también la posibilidad del *référé* arbitral, encuentra también su reflejo en diversos reglamentos de arbitraje. Entre los principales pueden citarse: El art. 26 del Reglamento de la CNUDMI (25), el art. 34 del reglamento de la AAA (26), la regla C, 10 y 11, relativa a las facultades del árbitro del reglamento de la *London Court of Arbitration* (27), etc.

(24) Vid. también las consideraciones de NEUDORFER en su ponencia, citada. Sobre las posibilidades de atribuir en exclusiva a los árbitros competencia para las medidas cautelares vid. LINDACHER, *Schiedsgerichtliche Kompetenz*..., cit., pp. 210 y ss.

(25) Art. 26: «Medidas provisionales de protección. 1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos. 2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el coste de esas medidas. 3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a la autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.»

Sobre el particular vid. RAUH, K., *Die Schieds- und Schlichtungsordnungen der UNCITRAL*, Köln, 1983, pp. 140 y ss.

(26) Art. 34: «Conservation of Property. — The Arbitrator may issue such orders as may be deemed necessary to safeguard the property which is the subject matter of the arbitration without prejudice to the rights of the parties or to the final determination of the dispute.»

(27) «Schedule of Jurisdiction and Powers of the Arbitrator

C. Unless all the parties shall at any time agree otherwise, the arbitrator shall

II.—PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La concesión o adopción de medidas cautelares está sujeta a determinados presupuestos que, en una u otra forma, todas las legislaciones exigen y que condicionan su regularidad. Una sistematización de los mismos podría ser la siguiente:

1. *Fumus boni iuris*

Este clásico brocardo latino resume en su quintaesencia cuál debe ser la posición de solicitante de la medida cautelar para recibir la tutela que pide: Debe presentar una apariencia de derecho, una posibilidad o probabilidad con relación al fondo del asunto, que justifique la anticipación de la ejecución propia de la medida cautelar. De una forma intuitiva se podría explicar como una especie de «corazonada» que convence al árbitro o al Tribunal de la bondad jurídica de la petición como para pronunciar una resolución expeditiva, aun sin tener a mano todos los datos del asunto.

El acreditamiento de este *fumus boni iuris* debe hacerse de acuerdo con las reglas de la *lex fori*, si se solicita la medida ante los Tribunales del Estado, pero también es posible desligarla de tal vínculo, si la petición de la medida se dirige directamente al árbitro. En este caso, serán las reglas del procedimiento arbitral las que entrarán en juego.

Todas las ponencias nacionales indican que no se exige ninguna prueba especial, en el sentido estricto del término, para acreditar este *fumus boni iuris*. Basta cualquier medio que proporcione elementos de convicción o de probabilidad al Tribunal (28). Sin embargo, cuando menos, resulta conveniente aportar un principio de prueba por escrito (29). En el mismo sentido, puede utilizarse como precioso elemento de convicción ante los Tribunales estatales una decisión arbitral relativa al otorgamiento de una medida cautelar,

have the power, on the application of any of the parties or of his own motion, but in either case only after hearing or receiving any representations from the parties concerned to:

(10) order the preservation, storage, sale or other disposal of any property or thing under the control of any of the parties.

(11) make interim orders for security for any party's own costs, and to secure all or part of any amount in dispute in the arbitration.»

(28) Vid. las ponencias de DÜRING, WALGREN, GÖTHBERG, SCHLOSSER, INGMANN-MEURS.

(29) Tal sería la regla general en el derecho español, por ejemplo. En el mismo sentido, NEUDORFER, INGMANN-MEURS.

aunque tal decisión no vincule necesariamente a dichos Tribunales (30).

2. *Periculum in mora*

La medida cautelar viene justificada por la presumible tardanza de la resolución final del proceso principal. De aquí que, por regla general, se admite por todas las legislaciones como presupuesto indeterminado de la medida cautelar ese riesgo por la tardanza que crea una situación de peligro. Basta pues, por lo general, con concretar las circunstancias de esa situación para justificar la petición de la medida cautelar.

En algunos casos, las legislaciones concretan ellas mismas las circunstancias que hacen presumir por sí solas el *periculum in mora*, por lo que basta con acreditarlas, sin necesidad de hacer ulteriores alegaciones (31). En fin, en cada medida concreta, el *periculum in mora* es perfectamente identificable, ya que no en vano la medida se arbitra específicamente para paliar un determinado peligro.

Por último, baste añadir que, en mi opinión, no habría inconveniente en generalizar el *periculum in mora*, identificándolo con el simple recho de la inevitable duración del proceso principal y sin ningún otro tipo de connotación de peligro. Ello exigiría tan sólo la necesaria contracautela, tal como se verá a continuación.

3. *Fianza*

Este presupuesto es la compensación que debe recibir la parte gravada por la medida cautelar frente a la indudable ventaja que se otorga al solicitante de la misma. A éste se le permite anticipar la ejecución. Como contrapartida, por regla general, debe exigirsele, a su vez, una contracautela. Esta permite paliar los riesgos de abuso en la obtención de una medida cautelar, a la vez que asegurar el resarcimiento de los posibles daños que se puedan ocasionar a la parte que ha de padecerla.

Las relaciones nacionales presentan una gran variedad de supuestos al respecto. Como regla general, predomina el carácter potestativo de la fianza (32), aunque en la práctica se venga exigiendo por los

(30) Unánimemente todas las ponencias insisten en el carácter documental de tal decisión, a valorar por el Tribunal como elemento de hecho.

(31) Tal es el caso, por ejemplo, del art. 1400 de la LEC española. Vid. también la ponencia de NEUDORFER para ciertas hipótesis del derecho austríaco.

(32) Vid. las ponencias de STOCKWELL, BOURNONVILLE, INGEMANN-MEURS, CAVASOLA, MALZACHER, DÜRING, citadas.

Tribunales. Existen casos en que la ley la exige expresamente (33) y otros en los que, aun siendo legalmente exigible, el Tribunal puede exonerar de ella (34).

En todos los casos, tanto la forma de la fianza como su importe quedan a la libre apreciación del Tribunal que ha de conceder la medida. Habitualmente se exige una garantía bancaria.

4. *Pendencia simultánea o posterior del arbitraje*

Esta exigencia va ligada al carácter instrumental de la medida cautelar, que no constituye por lo tanto un fin en sí mismo. La medida cautelar se subordina a la pendencia de un proceso principal, ya incoado o que va a incoarse de inmediato. En este último caso, la incoación del proceso principal sirve a la vez como convalidación de la medida.

Desde el punto de vista de este presupuesto hay que señalar que la incoación del proceso arbitral principal no está vinculada al territorio donde se ha acordado la medida cautelar. La flexibilidad de éstas es tal que pueden adoptarse en función de un proceso arbitral seguido en un país distinto (35) y ello sin limitación en cuanto al momento de su solicitud: antes, durante o después de incoado éste (36).

Pero no sólo un proceso arbitral sobre el fondo justifica la adopción de medidas cautelares. También es posible (37) la adopción de medidas cautelares en función de una solicitud de exequatur de un laudo arbitral, cuando tal requisito es previo a la ejecución del mismo (38), o cuando se suspende la ejecución del mismo (39).

En resumen, la ductilidad de la medida cautelar permite instrumentarla tanto en función del arbitraje principal como del procedimiento de ejecución del laudo, si éste necesita exequatur previo o no es inmediata.

(33) Se pueden citar casos tanto en el derecho español, como en el derecho finlandés (WALGREN) y danés (INGEMANN-MEURS), entre otros.

(34) Vid. GÖTHBERG para el derecho sueco.

(35) En general todas las ponencias nacionales. NEUDORFER explica detenidamente los casos en que ello resulta viable según el derecho austríaco. STOCKWELL y GÖTHBERG indican que en sus respectivos sistemas ello se subordinaría a la posibilidad de ejecución del laudo en su país.

(36) En el mismo sentido todas las ponencias nacionales.

(37) Salvo la opinión de DÜRING, en su ponencia citada.

(38) Tanto INGEMANN-MEURS como NEUDORFER indican que en el derecho danés y austríaco no es necesario exequatur previo del laudo arbitral.

(39) Expresamente el Convenio de New York de 10 de junio de 1958, artículo VI: «Si se ha pedido a la autoridad competente, prevista en el art. V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.»

III. — HIPÓTESIS DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares en función de procesos arbitrales están plenamente reconocidas tanto en los Convenios internacionales multilaterales como bilaterales, reglamentos de arbitraje y, desde luego, por la legislación interna de cada país. Una lista de fuentes, expuesta sólo a efectos metodológicos y sin ánimo de exhaustividad podría abarcar los siguientes puntos:

1. — Tanto las Convenciones internacionales multilaterales (40), como bilaterales (41), se refieren en general a la posibilidad de adopción de medidas cautelares, sin identificarlas expresamente. En el mismo sentido se refieren al tema la mayoría de los reglamentos de arbitraje (42). Pero también existen Convenios internacionales dedicados exclusivamente a la regulación de determinadas medidas cautelares y ello en materias que son objeto frecuente de arbitraje (43).

2. — Por regla general, la identificación de una concreta medida cautelar es un tema de la *lex fori* del lugar en donde aquella se solicita. Según se desprende de las relaciones presentadas, las legislaciones adoptan dos grandes sistemas que coexisten en todas ellas. Por un lado existe como una disposición general que permite adoptar cualquier cautela que mejor se adapte a una determinada situación. Son como preceptos en blanco que permiten salvar cualquier eventualidad con la medida que mejor convenga. Por otro lado, se regulan medidas concretas tanto en sus presupuestos como en el procedimiento, que

(40) Entre las Convenciones que se refieren específicamente al arbitraje internacional hay que recordar aquí una vez más el art. VI del Convenio de New York de 10 de junio de 1958 y el art. VI,4 del Convenio europeo de 21 de abril de 1961, ya referidos.

Pero también en otros Convenios salen a relucir las medidas cautelares. Pueden verse, a título de ejemplo, el art. 5 del Convenio de Bruselas de 10 de octubre de 1957, sobre responsabilidad de los propietarios de los buques que navegan por alta mar y el art. VI del Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos.

(41) MALZACHER habla en su relación de que existen referencias directas o indirectas a las medidas cautelares en las relaciones de su país con Alemania, Bélgica, Italia, Liechtenstein y Suecia.

Por lo que se refiere a España están previstas expresamente en los Tratados con Checoslovaquia, de 26 de noviembre de 1927 (arts. 9 al 11); Francia, de 28 de mayo de 1969 (art. 10); e Italia, de 22 de mayo de 1973 (art. 19).

(42) El Reglamento de arbitraje de la London Court of Arbitration se refiere además a alguna de ellas en concreto (regla C, 10 y 11).

(43) Como muestras representativas pueden citarse los Convenios de Roma de 29 de mayo de 1933 sobre embargo preventivo de aeronaves y el de Bruselas de 10 de mayo de 1952 sobre embargo preventivo de buques.

adquieren así una tipicidad legal determinada. Entre estas últimas pueden citarse, a título de ejemplo: el embargo preventivo, depósito, administración judicial, prohibiciones de disponer, suspensión de facultades, etc. (44). Todo ello sin olvidar que en muchas legislaciones existen procedimientos paralelos, cuya finalidad es precisamente la obtención de una medida cautelar.

Esto significa, como criterio de actuación práctica, que hay que acudir siempre a la *lex fori* del país en donde se piensa solicitar la medida para estudiar todas las posibilidades que permite. Todo ello, aunque el lugar de ejecución de la misma haya de ser o pueda ser distinto del lugar de solicitud.

3. — Por último hay que señalar que siempre será posible adoptar medidas cautelares de acuerdo con las previsiones de la legislación de foro, independientemente de cuál sea la ley aplicable al fondo del procedimiento arbitral.

IV. — PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Solicitud

a) Las medidas cautelares se incoan a instancia de parte, aunque algunos sistemas jurídicos ofrecen la posibilidad de que se adopten de oficio en casos concretos (45).

b) Como ya se ha apuntado, las medidas cautelares pueden ser solicitadas ante un Tribunal distinto del que conozca del asunto principal. Esta posibilidad resulta de particular aplicación al arbitraje internacional en el que suelen conjugarse distintos elementos territoriales: nacionalidad de las partes, lugar del arbitraje, lugar de ejecución de laudo. De suyo, la flexibilidad de la medida cautelar permite conjugar los siguientes elementos: el lugar de solicitud de la medida, el lugar de ejecución de la misma y la sede del arbitraje. Desde esta perspectiva, existen las siguientes posibilidades teóricas:

— Solicitud de la medida y ejecución de la misma en territorio nacional, pero arbitraje pendiente en el extranjero.

(44) Una exposición completa y sistemática, plenamente válida desde el punto de vista metodológico, es la realizada por NEUDORFER para el derecho austríaco.

También hay que señalar la relativa modernidad del tema en Gran Bretaña, como puede verse en los datos que proporciona STOCKWELL.

(45) Vid. las relaciones de MALZACHER y DÜRING para el derecho suizo. También puede verse esta posibilidad en el reglamento de arbitraje de la London Court of Arbitration, regla C.

— Solicitud de la medida y arbitraje en territorio nacional, pero ejecución de la medida en el extranjero.

— Solicitud de la medida y ejecución de la misma en el extranjero, pero arbitraje en territorio nacional.

— Solicitud de la medida y arbitraje en el extranjero, pero ejecución de la medida en territorio nacional.

La opción por una u otra posibilidad viene condicionada tanto por criterios legales como por criterios prácticos. La mayor parte de las ponencias nacionales subordinan la solicitud de la medida cautelar ante sus propios Tribunales al hecho de que la medida sea susceptible de ejecución en dicho país, lo que de suyo condiciona la competencia del Tribunal (46). A ello se puede añadir un criterio operativo que será decisivo en la mayoría de las ocasiones: la medida se solicita allí donde su concesión sea más viable, rápida y eficaz.

c) La solicitud de la medida cautelar ante un Tribunal estático no implica sumisión a dicho Tribunal para el conocimiento del asunto principal (47). Aun dentro de una concepción tradicional, es pacífico que la cláusula arbitral vincula a las partes al arbitraje como medio de resolución de sus diferencias en un caso concreto (efecto positivo) y excluye la jurisdicción de los Tribunales ordinarios (efecto negativo). El hecho de que una medida cautelar se solicite ante un Tribunal estático no es más que una manifestación de la competencia concurrente entre éstos y Tribunales arbitrales, que se produce en determinadas áreas, entre las que cabe destacar la que nos ocupa. Siguiendo dentro de la línea de pensamiento tradicional, la medida cautelar caería dentro de la esfera de actuación de los Tribunales ordinarios por tener un efecto ejecutivo del que carecería una decisión semejante de un Tribunal arbitral. No obstante, la facultad de decisión sobre el fondo siempre seguiría estando atribuida al árbitro.

d) La flexibilidad de la medida cautelar se revela asimismo en lo que se refiere al momento adecuado para su solicitud. La medida se puede pedir tanto con anterioridad a la demanda de arbitraje, en la misma demanda o con posterioridad a la incoación del proceso arbitral. Cuando se solicita con antelación al arbitraje, la demanda principal debe seguir en un plazo relativamente corto.

e) La solicitud de la medida cautelar no interrumpe el proceso arbitral, sino que se tramita simultáneamente al mismo (48).

(46) En este sentido, GÖTHBERG, CAVASOLA, NEUDORFER, INGEMANN-MEURS, RUHLMANN, STOCKWELL.

(47) Expresamente, además de muchos reglamentos de arbitraje, el artículo VI,4 del Convenio europeo de 21 de abril de 1961.

(48) En el mismo sentido todos los rapports nacionales.

2. Otorgamiento de la medida

a) En principio, la rapidez de actuación e incluso el factor sorpresa son consustanciales a la medida cautelar para asegurar su éxito. De aquí que la regla general debiera ser la concesión de la medida *inaudita parte* (49). La audiencia de la parte contraria se produce a posteriori, sin impedir la ejecución de la medida, bien para hacer valer sus medios de defensa, bien por la vía de oposición a la medida o recurso contra la misma.

No obstante el criterio general que se deduce de las ponencias presentadas es el otorgamiento de la medida, previa audiencia de la parte contraria, salvo cuestiones de suma urgencia o casos concretos, según la apreciación judicial o norma legal concreta (50).

b) A la parte gravada por la medida, independientemente de que se le haya concedido audiencia antes de su otorgamiento, le ofrecen las legislaciones nacionales bien por la vía de oposición a la misma, bien la vía de recurso (51). Esta es una expectativa propia del procedimiento ante los Tribunales estáticos, que se rige por la *lex fori* y que no tiene un exacto paralelismo en el procedimiento arbitral. De aquí la necesidad que se impone al árbitro que ha de otorgar una medida cautelar de velar por la observancia del principio de audiencia de la parte contraria, preferentemente antes de conceder la medida.

c) La decisión sobre la medida y, con mayor razón su otorgamiento, debe ser lo más rápida posible. Desde esta perspectiva, las ponencias nacionales indican en una medida se podría obtener en cuestión de horas hasta un máximo de quince días, por regla general (52). En cambio, no es posible establecer valores medios sobre el coste de una medida cautelar, ya que el precio final depende de muchos factores y, entre otros, del montante del litigio (53).

(49) Este es el principio general en derecho español, por ejemplo. También parece ser ésta la orientación general del derecho austriaco (Vid. ponencia de NEUDORFER) y de la práctica judicial inglesa (Vid. ponencia de STOCKWELL).

(50) En este sentido pueden verse las ponencias de RUHLMANN, SCHLOSSER, MALZACHER, DÜRING, CAVASOLA, WALGREN, GÖTHBERG, INGEMANN-MEURS.

(51) Unánimemente todas las ponencias nacionales.

(52) Particularmente expeditivo puede ser el sistema francés de *exécution sur minute*. Vid. al respecto la ponencia de RUHLMANN.

(53) Tan sólo las ponencias de GÖTHBERG e INGEMANN-MEURS indican el coste de la tasa judicial.

3. Ejecución de la medida

La ejecución de la medida cautelar sólo plantea problemas específicos cuando, acordada por un Tribunal estático, ha de ejecutarse en un lugar distinto al de dicho Tribunal, o cuando, otorgada por el árbitro, las partes no la cumplen voluntariamente o es preciso extender sus efectos a terceros. En los demás casos, la ejecución sigue las reglas generales del país del foro.

a) Algunos Tratados bilaterales prevén expresamente la ejecución recíproca de medidas cautelares provenientes de uno de los dos países (54). Sin embargo, salvo la existencia de Tratado, no es ésta la regla general. En unos países la respuesta al tema de la ejecución de medidas cautelares provenientes de otros países es claramente negativa (55). Otros, en cambio, admiten la ejecución, previo exequatur (56). Al respecto conviene señalar que uno de los principales argumentos que se aducen en contra de la ejecución de dichas medidas cautelares es la ausencia de carácter definitivo de la resolución, o, en otras palabras, la ausencia de cosa juzgada, lo que incluso cerraría la entrada a la medida cautelar por la vía del exequatur. En mi opinión, dicho argumento no puede ser compartido. Las resoluciones sobre medidas cautelares son también definitivas, dentro de las limitaciones temporales de su contenido y, aún más, ejecutivas, no obstante la interposición de recurso contra las mismas. Existe también en estas resoluciones cosa juzgada con unos límites objetivos y temporales bien precisos, que son los propios de toda medida cautelar. Por esta razón, la medida cautelar no está llamada a perdurar, pero tampoco hay obstáculo en reconocerle la eficacia que tiene y particularmente en cuanto a la ejecución.

Por otro lado, las medidas cautelares provenientes de otro país tampoco deberían necesitar exequatur previo, o, al menos, éste debería limitarse al reconocimiento de las formalidades extrínsecas de la resolución que la acuerda (57). Tamizar la medida por la vía del exequatur, con amplios motivos de oposición que por lo general se re-

(54) Es el caso de las relaciones entre Alemania Federal y Austria: vid. ponencia de NEUDORFER. En los Tratados bilaterales de España con Checoslovaquia, Francia e Italia se alude expresamente a la ejecución de medidas cautelares provenientes de uno de los dos países.

(55) Vid. MALZACHER, GÜTHBERG, CAVASOLA, SCHLOSSER, WALGREN, INGMANN-MEURS.

(56) Vid. DÜRING, BOURNONVILLE.

(57) Al estilo de lo previsto para la fuerza ejecutiva de determinados documentos públicos. Vid., por ejemplo, art. 50 de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

fieren al proceso principal (58), es hacerla virtualmente inoperante. Para mantener esta postura no falta tampoco un pequeño apoyo convencional, que vendría dado por el art. 8 del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, en lo que se refiere a las comisiones rogatorias en materia civil o mercantil (59). El objetivo final de éstas puede ser la realización de un acto de instrucción (normalmente recepción de pruebas) u *otros actos judiciales*, dentro de los que podría interpretarse que tienen cabida las medidas cautelares (60). Sin embargo, este apoyo convencional no es aplicable respecto de los países que han ratificado el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial. El artículo 1.º de este nuevo Convenio, llamado a sustituir a su predecesor, explicita el significado de *otros actos judiciales* y excluye expresamente las medidas cautelares (61).

Por ello, no obstante lo expuesto, ante las lagunas legales y convencionales es difícil superar cuando menos el tamiz del exequatur. Ello desaconseja en la práctica la solicitud de una medida cautelar en un país distinto al del lugar predestinado a la ejecución de la misma.

b) La ejecución forzosa de medidas cautelares acordadas por los árbitros debe encaminarse por la vía del auxilio de los Tribunales estáticos, que monopolizan la coacción. Todo ello independientemente de la repercusión que pueda tener el incumplimiento de la parte respecto de sus derechos y obligaciones en cuanto al fondo del asunto.

4. Daños y perjuicios derivados de la medida cautelar

La adopción de una medida cautelar puede ocasionar daños y perjuicios a la parte gravada por la misma, cuyo resarcimiento trata de

(59) El art. 8 de este Convenio dispone: «En materia civil o mercantil la autoridad judicial de un Estado contratante podrá, conforme a las disposiciones de su legislación dirigirse por medio de comisiones rogatorias a la autoridad competente de otro Estado contratante, pidiéndole que ejecute, dentro de su jurisdicción, ya un acto de instrucción, ya *otros actos judiciales*.»

(58) Vid., por ejemplo, art. V del Convenio de New York de 10 de junio de 1958.

(60) SCHLOSSER, ponencia citada, responde afirmativamente sobre la posibilidad de ejecución de una comisión rogatoria que tenga por objeto una medida cautelar.

Por su parte, BOURNONVILLE resalta que el árbitro puede dirigir comisiones rogatorias a los Tribunales.

(61) Art. 1, *in fine*: «L'expression autres actes judiciaires ne vise ni la signification ou la notification d'actes judiciaires, ni les mesures conservatoires ou d'exécution.»

asegurar la caución que normalmente debe acompañar a la concesión de la medida cautelar.

El principal problema que se plantea aquí es el relativo al procedimiento para la liquidación de los daños y perjuicios. No cabe duda de que ello siempre es posible en un ulterior proceso, pero lo ideal sería siempre obtenerlo simultáneamente al proceso principal.

Una regla segura es que la reclamación de daños y perjuicios hay que presentarla ante el Tribunal que acordó la medida. Si éste ha sido el árbitro, puede discutirse si el laudo podría incluir un pronunciamiento al respecto. En opinión de SCHLOSSER, en su relación, ello sólo es posible si está expresamente previsto en el convenio arbitral. Sin embargo, creo defendible que en la medida en que una cláusula arbitral faculta al árbitro para adoptar medidas cautelares, también lo autoriza a pronunciarse sobre cualquier consecuencia de su adopción, sin necesidad de una nueva cláusula y de un nuevo procedimiento. Lo único que habría que respetar es el principio del contradictorio en cuanto a la igualdad de oportunidades de las partes implicadas en el procedimiento arbitral (62).

NOTAS

JUICIO EJECUTIVO FUNDADO EN LETRA DE CAMBIO PROTESTADA POR AGENTE DE CAMBIO Y BOLSA

IGNACIO ARROYO

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. Validez del protesto. — 2. Consideraciones a favor de la competencia objetiva de los Agentes Mediadores Colegiados: A) De derecho positivo; B) Jurisprudenciales; C) La doctrina científica; D) Acto típicamente mercantil, y E) Argumento teleológico. — 3. La sentencia de 28 de julio de 1983. — 4. La sentencia de 18 de enero de 1984. — 5. Consideración final.

1. — VALIDEZ DEL PROTESTO

Los Juzgados de Primera Instancia números 4 y 11 de Barcelona han dictado, respectivamente el 28 de julio de 1983 y el 18 de enero de 1984, las primeras Sentencias admitiendo el protesto de letras de cambio intervenido por Agente de Cambio y Bolsa. El criterio de los Magistrados (Ilmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel e Ilmo. Sr. Juan Poch Serrats) tiene, a nuestro juicio, una significación histórica. Se trata, en efecto, de las primeras resoluciones judiciales que expresamente declaran la competencia funcional de los Agentes Mediadores Colegiados para dar fe pública de las manifestaciones del librador por falta de pago de la letra a su vencimiento y evitar en consecuencia el perjuicio de la letra.

2. — CONSIDERACIONES A FAVOR DE LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS AGENTES MEDIADORES COLEGIADOS

La equiparación de la dación de fe pública, naturalmente en el ámbito mercantil, entre Notarios y Agentes Mediadores Colegiados,

(62) Vid. asimismo las consideraciones de LINDACHER, *Schiedsgerichtliche Kompetenz...*, cit., pp. 219 y ss.

no es ciertamente un dato novedoso. Tampoco constituye una afirmación carente de fundamento. Por el contrario, son tan abundantes como sólidas razones en favor del *carácter de notarios* de los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio Colegiados, en el ámbito de su competencia.

Los argumentos son de diversa índole:

A) *El Derecho positivo*

En primer lugar, de derecho positivo vigente. En efecto, los Agentes de Cambio y Bolsa tienen el carácter de Notarios en el ámbito específico de su actuación mercantil porque así lo reconoce la ley.

Con una dicción literal que no ofrece dudas, el art. 93 del Cód. de Com. afirma:

«Los Agentes colegiados tendrán el *carácter de Notarios* en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio en la plaza respectiva.»

Importa destacar que el precepto citado está en nuestra primera Ley mercantil: el Código de Comercio. Por otra parte, la afirmación del carácter notarial de la actuación de los Agentes colegiados se hace de forma general; es decir, se incluyen tanto los Agentes de Cambio y Bolsa como los Corredores de Comercio.

Consecuentemente con el criterio sentado en la Ley, el art. 1 del Decreto de 27 de mayo de 1959, por el que se regula el ejercicio del cargo de los Corredores de Comercio, establece:

«Los corredores colegiados de comercio son los Agentes mediadores que, con arreglo a los preceptos del Código de comercio y demás disposiciones vigentes, dan fe con el *carácter de Notarios*, y cuando para ello fueren solicitados, de los actos y contratos mercantiles cuya intervención sea propia de su oficio.»

Por otra parte, conviene recordar que los antecedentes del régimen de los Agentes Colegiados en el Código muestran que son Notarios mercantiles por definición. No otra cosa parece significar el Real Decreto Ley de 30 de noviembre de 1868 donde se establecía que «los Agentes y Corredores representan la fe pública, garantizando el hecho de la contratación y bien puede decirse y decirse con verdad que bajo este punto de vista *son los notarios del comercio y de la banca*». Afirmación que se completa, por un lado, con la contenida en el art. 5 referido a los Agentes de Bolsa «tienen el carácter de

notarios para las transacciones en que intervienen»; por otro, con el art. 8 concerniente a los Corredores que «tienen el carácter de notarios para las transacciones en que intervienen y sus libros harán prueba en juicio».

Esa afirmación de «*Notarios del comercio y de la Banca*» se reitera, como es bien sabido, en la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio vigente.

A mayor abundamiento los trabajos preparatorios del Código muestran que este punto no suscitaba polémica alguna. Bastará leer en ese sentido las actas de los trabajos preparatorios, y de modo más concreto, la sesión de trabajo de 2 de enero de 1870, la de 6 de febrero de 1875 y el acta de la sesión de 1 de abril de 1881 para comprobar que el cambio de redacción introducido refuerza el carácter de notario mercantil. Se modificó, en efecto, la expresión «los agentes intermediarios tendrán además de este carácter el de Notarios», por «los agentes colegiados tendrán el carácter de Notarios, por ser innecesarias y redundantes las que se suprimen.»

Afirmaciones legales que se hacen además estando ya vigente la ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, con lo que es evidente que el legislador ya conocía el alcance de la afirmación del carácter notarial de la actuación de los agentes mediadores colegiados.

B) *La Jurisprudencia*

Además del Código de Comercio, sanciona el carácter de Notarios mercantiles de los Agentes de Cambio y Bolsa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entre otras pueden verse: S.T.S. de 11 de diciembre de 1874: «... Notarios del Comercio y de la Banca que son los Agentes de Bolsa...»; S.T.S. de 1 de diciembre de 1909: «... son depositarios de la fe pública mercantil...», referida a los corredores de comercio colegiados; S.T.S. de 11 de febrero de 1926: «...condición de Notario mercantil...»; S.T.S. de 4 de abril de 1932: «...la intervención del Corredor de Comercio a la que la ley concede análoga trascendencia que a la del Notario en instrumento público...»; S.T.S. de 27 de octubre de 1941: «...los documentos intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado, pues aun admitiendo que sea igual que al de las escrituras públicas, no pueden extenderse más allá de lo que tales documentos realmente contienen y expresan...»; S.T.S. de 15 de diciembre de 1956: «...no hay razón que aconseje esa discriminación y desigualdad de trato por el carácter de notario que se atribuye a los Agentes Colegiados en cuanto se refiere a los actos de comercio en que intervienen y la fe que merecen sus libros y pólizas»; S.T.S. de 8 de mayo de 1957: «...demás actos de comercio comprendidos en

el oficio de los agentes mediadores colegiados se les atribuye por el artículo 93 la fe pública en concepto de Notarios mercantiles»; y S.T.S. de 3 de noviembre de 1971: «...la póliza de préstamo y crédito intervenida en virtud del artículo 93 del Código de Comercio, en relación con el 1.218 del Código Civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le da valor de verdadera escritura pública».

C) La doctrina

Junto al derecho positivo y a la Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, la doctrina científica más autorizada comparte pacíficamente el carácter legal de Notarios de los Agentes Mediadores Colegiados.

Desde un punto de vista conceptual la doctrina mercantilista española mantiene un criterio unánime a la hora de calificar la función de dación de fe pública del Agente mediador colegiado como una actividad de carácter notarial. Así: GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1976, I, pág. 635: «actúan más bien como Notarios para dar autenticidad a los actos y contratos en que intervienen»; URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1982, pág. 463: «Los Agentes mediadores colegiados tienen, en efecto, el carácter de Notarios», aunque niega que sean Notarios en «Consideraciones sobre la fe pública mercantil», en *Coloquio de Derecho bursátil*, Bilbao, 1970, página 121 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1982, pág. 123: «Los Agentes mediadores colegiados son considerados como Notarios cuando actúan en su plaza respectiva con relación a las operaciones en que intervienen, de forma que los documentos intervenidos por ellos tienen el carácter de documento público notarial»; BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 4.ª ed., 1981, pág. 145: «y, en todo caso, cuando están colegiados poseen la condición de Notarios mercantiles» y ARROYO, *Prólogo* al libro de CANO RICO, *Código de las Leyes de Agentes Mediadores Oficiales, Bolsa y Mercado de valores Mobiliarios*, Madrid, 1983, pág. 19: «Los Agentes mediadores colegiados son notarios mercantiles».

Importa subrayar que la opinión de la doctrina científica mercantil es igualmente seguida por otros autores, Notarios, que han reflexionado sobre el tema de la fe pública mercantil. Así: GIMÉNEZ ARNAU, *Derecho Notarial*, Pamplona (EUNSA), 1976, tras definir a los Notarios afirma: «Los Corredores de Comercio y Agentes de Bolsa que, quiérase o no, son verdaderos notarios que han absorbido la casi totalidad de actuaciones en la contratación mercantil...» y AVILA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid (Ed. Montecorvo, 1973), señala que los Agentes Mediadores Colegiados tienen funciones con-

currentes con los Notarios en todos los actos y contratos mercantiles (excepto poderes y sociedades, reservados al Notariado).

D) Acto mercantil

Al ser el protesto un acto típicamente mercantil cae dentro de la esfera de la competencia objetiva de los Agentes de Cambio y Bolsa.

La intervención del Agente Mediador Colegiado en su condición de fedatario público está limitada a su propio ámbito de actuación. Es la llamada competencia material de los Notarios mercantiles. Competencia que según el art. 93 del mencionado Código se circunscribe a los actos de comercio. Resulta necesario, por tanto, mostrar que el protesto realizado por Agente de Cambio y Bolsa es un acto mercantil. Afirmación que nadie puede poner en duda porque nadie niega a la letra de cambio el carácter de instrumento típicamente mercantil. Por otra parte, constituye un hecho indubitado que la intervención de los Agentes en el tráfico jurídico de letras de cambio y demás efectos de comercio no se limita a una sola actuación: interviene en todas las declaraciones cambiarias:

a) Tanto el Código de Comercio, como la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren explícitamente a la intervención de las firmas del librador, aceptante, avalista y endosantes. La intervención del Agente de Cambio y Bolsa se extiende, por consiguiente, a tantas cuantas declaraciones cambiarias se contengan en la letra: libramiento, aceptación, aval y endoso.

b) Por otra parte, el art. 56 c) del Reglamento de Bolsas de Comercio, aprobado por Decreto 1.506/67, de 30 de junio, se refiere específicamente a la función especial y completa de los Agentes en el mercado bursátil de letras de cambio, libranzas, pagarés y cualquiera otros valores mercantiles.

c) Si todas las operaciones anteriormente mencionadas son actos típicamente mercantiles, ¿con qué argumento jurídico se puede negar esa misma naturaleza al protesto? Consecuentemente si se admite la intervención del Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio en todos los momentos del tráfico jurídico de la letra de cambio, ¿qué base existe para negarle competencia para levantar el protesto por falta de pago, a un fedatario público mercantil que tiene además por Ley el carácter de Notario?

d) Recordar que para el art. 2 del Código de Comercio, son actos de comercio «los comprendidos en este Código y cualesquiera de naturaleza análoga». El protesto, en este sentido, no es acto de comercio por analogía sino por derecho propio: es un acto típicamente mercantil porque está contemplado y regulado en el propio Código de Comercio (ex arts. 502 al 510).

E) Argumento teleológico

Finalmente, el argumento teleológico: El levantamiento del protesto por Agente de Cambio y Bolsa cumple la finalidad que el protesto autorizado por Notario civil.

La ley exige el levantamiento del protesto porque quiere una prueba de que el tenedor ha cumplido su deber de presentar la letra al cobro y que el pago le ha sido negado. Pues bien, dado que el legislador quiere asimismo que no se discuta el valor probatorio de la declaración del tenedor, exige la presencia de un fedatario público. ¿Cómo puede negarse entonces el carácter de documento público al acta de protesto levantada por un Fedatario Público Mercantil? ¿Acaso la intervención de los Agentes Mediadores Colegiados no gozan de la misma fuerza probatoria que los instrumentos públicos autorizados por Notario?

Parece legítimo entender que el carácter formal y riguroso de la declaración contenida en el Acta de protesto autorizado por Agente de Cambio y Bolsa produce la misma eficacia en orden al valor del documento que la realizada ante Notario. Es decir, nadie podrá negar, de una parte, que el tenedor cumplió con su deber de presentar la letra al cobro, y, de otra, que el obligado al pago declinó hacer frente a su obligación.

Por consiguiente, el protesto ha cumplido plenamente y en todos sus extremos su finalidad.

Desde esta perspectiva poco sorprende la doctrina de las sentencias citadas. Sucede, sin embargo, que una declaración tan explícita nacida al calor de un conflicto de interés, y en torno a la recuperación por vía ejecutiva de un crédito, ha resuelto a favor de los Agentes de la polémica sobre el ámbito de la fe pública entre los distintos cuerpos llamados a ejercerla. Situadas las sentencias en este contexto no parece exagerado calificarles de significación histórica.

3.— LA SENTENCIA DE 28 JULIO DE 1983

Por su importancia, reproducimos literalmente el contenido íntegro de la sentencia.

En la Ciudad de Barcelona, a veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y tres.

El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de Barcelona; habiendo visto los presentes autos de Juicio Ejecutivo, promovidos a instancias (del demandante) contra (el demandado).

RESULTANDO que, por escrito turnado a este Juzgado (por el demandante), se interpuso demanda de juicio ejecutivo, contra (el demandado), con el suplico de un mandamiento de ejecución y, en su día, de una sentencia de remate para el pago de la suma de quinientas cincuenta y tres mil ochocientas cuarenta pesetas, intereses legales y costas, con fundamento en los artículos del Código de Comercio 480, 521, 526 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1.429 y siguientes, así como en su calidad de legítima tenedora de una letra de cambio, aceptada por la demandada, impagada a su vencimiento y protestada por ello.

RESULTANDO que, admitida a trámite la demanda y despachada ejecución por auto de veinte de mayo de mil novecientos ochenta y tres, se citó de remate a la demandada, además de llevar a cabo las diligencias inherentes al mandamiento de ejecución librado, y aquella compareció, representada por el Procurador de los Tribunales, y, tras anunciarla, formalizó oposición, con fundamento en el artículo 1.467-1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que, al haberse autorizado el protesto de la letra por Agente de Cambio y Bolsa y no por Notario, el título era nulo, y, al omitirse en el acta menciones preceptivas referidas a la calidad de tal fedatario, inexistente en el que la levantó, y sobre el plazo para emitir manifestaciones el aceptante, el título era defectuoso extrínsecamente, argumentos a los que contestó, oportunamente, la parte demandante, para sostener, en contra y en apoyo de su inicial pretensión, que el acta atacada reunía todas las menciones preceptivas y que los Agentes de Cambio y Bolsa colegiados eran notarios mercantiles y, por tal, competentes para autorizar protestos.

RESULTANDO que, abierta la fase de prueba, las dos partes en litigio renunciaron a proponer prueba y suplicaron que, sin más trámite, se dictara sentencia.

RESULTANDO que, en la tramitación del proceso, se han cumplido las prescripciones legales.

CONSIDERANDO que, deducida pretensión de condena al pago de crédito documentado, sus moratorios intereses y las costas del proceso, por (el demandante), como tomadora de una letra de cambio aceptada por (el demandado), impagada a su vencimiento y protestada por falta de pago, la demandada formaliza oposición, con fundamento normativo en el artículo 1.467-1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el protesto, autorizado por Agente de Cambio y Bolsa colegiado, es nulo y defectuoso extrínsecamente, dada la inidoneidad profesional de aquél y la omisión en el acta levantada del plazo en el que los interesados podían hacer las manifestaciones a que se refiere el artículo 506 del Código de Comercio.

CONSIDERANDO que, por lo que se refiere al contenido del acta de protesto, es claro que el argumento que aduce la opositora carece de consistencia, por la sencilla razón de que la mención del «plazo para formular las manifestaciones a que se refiere el artículo 506 de este Código», esto es, las «congruentes con el protesto», se exige para la cédula de notificación (artículo 504-2.1.º del Código de Comercio, en relación con aquel otro precepto), más no para el acta, cuyo contenido (artículo citado, apartados 1-3.º y 3) se integra por la «copia literal de la letra, de la aceptación, si la tuviere, y de todos los endosos, avales e indicaciones comprendidos en la misma», «por el lugar y la fecha de la entrega de la cédula, así como la persona a quien se le

haya hecho y, si ésta hubiere negado a hacerse cargo de la misma o a dar su nombre, se hará constar así y se tendrá por hecha la notificación. Se reproducirán también las manifestaciones que se hagan ante el Notario dentro del plazo preventivo prevenido en el artículo 506 de este Código».

CONSIDERANDO que, para dar un tratamiento adecuado a la otra causa de nulidad aducida, conforme a la llamada realidad de las cosas, esencia de toda institución jurídica, se hace necesario ponderar que, si el protesto de una letra de cambio por falta de pago es un acto formal, entre otras razones, por la índole del funcionario autorizante (Notario, según el artículo 504-1.º del Código de Comercio), en el Derecho de nuestros días la forma no puede ser entendida como una exigencia vacía de sentido (por más que una concepción tal también lo tenga), sino por el contrario, como una exigencia social útil y en función de necesidades empíricas que, en este caso, no pueden ser más que, con respecto a la relación jurídica de obligación documentada traída a decisión, las que dimanen de la conveniencia de dar certeza, a la sociedad y al órgano judicial que aplica los valores de ésta, de ciertos datos de interés para la configuración del supuesto de la decisión.

CONSIDERANDO que, la evaluación de tales datos y de su trascendencia empírica, cuando del protesto por falta de pago se trate, no puede omitir que éste, definido tradicionalmente, con perfecta congruencia con la naturaleza de la letra de cambio cual título de presentación y de rescate, como «el requerimiento que, en forma legal, se hace a la persona a cuyo cargo se ha girado una letra para que la pague y, en su defecto, manifieste las causas que tenga para no hacerlo, pues, de lo contrario, serán de su cuenta los daños y perjuicios que se ocasionen», tras de la reforma por la Ley 47/1967, de 22 de julio, cuya esencia, según se ha destacado por los sectores doctrinales menos críticos, se centra en que el Notario (o quien, sin serlo, éste designe) debe entregar una cédula de notificación del protesto al librado (o a otra persona), ha sido calificado de elemento extraño al sistema cambiario, con postulación de su supresión como algo inútil y costoso o de su sustitución por otros medios menos aparentes pero más directos, por razón de que hoy se practica en el despacho del mismo Notario, a unilateral solicitud del tenedor, sin presentar la letra al deudor ni requerirle de pago y sin que la constatación en el acta subsiguiente de la notificación (esencial para que aquél pueda decir algo antes de ser llevado ante los Tribunales), de su lugar y de su fecha, lo sea de unos datos de hecho amparados por la fe pública, cuando, como cabe que sea, aquélla no se hizo por el Notario.

CONSIDERANDO que, así las cosas, del Agente de Cambio y Bolsa, cuya histórica configuración se fue perfilando, como especial mediador de comercio, en las Ordenanzas de Jaime I, el Código de Costumbres de Tortosa, las Ordenanzas de Bilbao, el Decreto de 10 de septiembre de 1831, creador de la Bolsa de Madrid, el Decreto Ley de 30 de noviembre de 1868, el Decreto de 10 de julio de 1874..., tiene hoy un indiscutible carácter de fedatario público, por razón de su incorporación al respectivo colegio (artículo 83 del Código de Comercio), en lo referente a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva (artículo 93 del mismo

Código), para lo que están investidos de la fe pública mercantil (artículo 198 del Decreto 1.506/1967 del 30 de junio, aprobatorio del Reglamento de las Bolsas de Comercio).

CONSIDERANDO que, además de que lo que importa aquí es la entidad ejecutiva del título cambiario, refuerza aquella conclusión, no sólo el hecho de que, en la contratación mercantil, sea difícil el deslinde entre las funciones específicas de los diversos fedatarios (y buena prueba de ello es el Real Decreto de 15 de octubre de 1982, por el que se faculta a los Notarios para levantar actas determinantes del saldo de la cuenta, con referencia a «contratos y operaciones de crédito de cualquier clase»), sino también la circunstancia indiscutida en la doctrina de que el Agente de Cambio y Bolsa, si no es Notario (y, por tal, está sometido a normas de actuación propias) tiene el carácter de tal en el ámbito de su competencia mercantil, lo que, y ello es lo trascendente, da lugar a que el documento que autoriza sea un documento notarial.

CONSIDERANDO que, por ello, al ser el protesto un acto mercantil, en cuanto referido, cual complementario o subordinado (en términos de la resolución de la Dirección General de los Registros de 1 de febrero de 1980) a una faceta de la actuación empresarial, al actuar el fedatario en su plaza respectiva y al haber notificado (él personalmente) el protesto a la aceptante (también en persona), no cabe más que entender cumplidos los requisitos necesarios para dictar sentencia de remate, unos (los más importantes) ya valorados definitivamente al despachar la ejecución y el del protesto adecuado, debatido en el proceso, por constar la notificación del mismo, por notario mercantil, a la demandada.

CONSIDERANDO que, en orden a los intereses y a las costas, debe estarse al tenor de los artículos 526 del Código de Comercio y 1.473-1 y 1.474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente.

VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO:

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por (el demandante) contra (el demandado), de modo que, con rechazo de la oposición formalizada por ésta, mando siga adelante la ejecución despachada, hasta hacer pago a la actora de quinientas cincuenta y tres mil ochocientas cuarenta pesetas y los intereses legales de esa suma, a contar del protesto por falta de pago de la letra de cambio por la que se despachó ejecución, con imposición de las costas a la propia demandada.

4. — LA SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1984

Con un razonamiento menos extenso, pero con idéntica conclusión, la segunda sentencia dice textualmente:

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número once de los de esta Capital, habiendo visto los autos de juicio ejecutivo, promovidos por (el demandante) contra (el demandado).

RESULTANDO: que (el demandante), mediante escrito repartido a este Juzgado con fecha 2 de noviembre de 1983, formuló demanda de juicio ejecutivo contra (el demandado), en reclamación de 110.000,— pesetas de principal, con más los intereses legales de dicha cantidad, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte resolución despachando la ejecución en la citada cantidad con más 55.000,— pesetas que para intereses legales y costas fija prudencialmente, y previos los trámites legales pertinentes, se dicte en su día sentencia mandando seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y en su producto entero y cumplido pago a la actora por cuanto acredita por principal e intereses desde la interpelación judicial, y con expresa imposición de las costas de este procedimiento al demandado, también solidariamente;

RESULTANDO: que por auto de 3 de noviembre de 1983, se despachó ejecución contra el demandado, en la cantidad de 110.000,— pesetas de principal, con más 55.000,— pesetas que para intereses legales y costas se fijaron prudencialmente, llevándose a cabo la diligencia de requerimiento de pago, embargo, y citación de remate con fecha 15 de diciembre de 1983, y dentro del término del mismo se presentó escrito (del demandado) compareciendo en los autos en nombre y representación de Centro de Cálculo de Bolsa, S. A., anunciando la oposición de la ejecución despachada, y al que se le mandó formalizarla dentro del término preciso de cuatro días, lo que hizo dentro del tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación que en aras a la brevedad procesal se dan aquí por reproducidos, suplicando se tenga por formulado en tiempo y forma en la representación (del demandado) la oposición contra el juicio ejecutivo instado, y en su día, dictar sentencia en la que se declare nulo el juicio por serlo el título en cuya virtud se ha despachado la ejecución, así como por defecto extrínseco de dicho título, con expresa imposición de costas a la ejecutante por su manifiesta mala fe y temeridad;

RESULTANDO: que teniéndose por formalizada la oposición a la ejecución despachada se acordó dar traslado a la actora para que dentro del plazo de cuatro días, con entrega de autos, conteste y proponga la prueba que le convenga, lo que hizo en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando, se desestime la oposición, dictando sentencia de remate en la que se mande seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados, y con su producto entero y cumplido pago a mi representada de todo cuanto se reclame en este procedimiento por principal, intereses y costas, con expresa imposición de todas las causadas al demandado; no proponiendo prueba por creerla innecesaria;

RESULTANDO: que teniéndose por contestado el escrito de oposición a la ejecución por la parte actora ejecutante, y no habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento de los autos a prueba, tráiganse los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia;

RESULTANDO: que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales;

CONSIDERANDO: que la simple alegación de motivos de oposición a cual más inconsistente, frágil y temerario, sin más descarado propósito y finalidad que dilatar el pago de lo debido, cual verifica el demandado en su oposición a la ejecución, oponiendo unas inexistentes causas de oposición a la pretensión ejecutiva, resulta totalmente estéril e inoperante por carecer de la más mínima y necesaria base y demostración, con implica infracción de la norma del artículo 1.214 del Código Civil y doctrina jurisprudencial contenidas en las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1935, 30 de junio de 1942, 20 de febrero de 1943 y 19 de enero de 1945, entre otras, por lo que, es de afirmar sin necesidad de mayor argumentación, la más absoluta esterilidad a los pretendidos efectos de la oposición formulada, procediendo en consecuencia, mandar seguir adelante la ejecución en su día acordada, ya que tanto el artículo 93 del Código de Comercio, como el artículo 1.º del Decreto de 27 de mayo de 1959, por el que se regula el ejercicio de los Corredores de Comercio, se especifica el carácter de notarios de los mismos y por ende, con facultades para levantar los correspondientes actos de protesto, facultad que igualmente ha pronunciado la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de diciembre de 1909, 11 de febrero de 1926, 27 de octubre de 1941 y 13 de diciembre de 1956, entre otras muchas) lo que diluye de forma absoluta la alegación núcleo de la oposición formulada por la entidad demandada;

CONSIDERANDO: que aparte las evidentes razones que se deriven de lo anteriormente expuesto, la imposición de las costas al ejecutado, viene determinada por aplicación del artículo 1.574 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos aplicables al caso debatido.

FALLO: que desestimando la oposición formulada por el demandado contra la ejecución decretada a instancia del demandante debo mandar y mando seguir la ejecución despachada contra el demandado, en auto de ..., procediéndose a rematar los bienes embargados hasta hacer pago a la acreedora de la suma de CIENTO DIEZ MIL PESETAS de principal, intereses vencidos y que vayan venciendo hasta el completo pago, así como de las costas causadas y que se causen hasta el término del procedimiento.

5. — CONSIDERACIÓN FINAL

Los párrafos transcritos son suficientes para explicar las razones que han movido a los Jueces a adoptar una postura que también nosotros compartimos. Entre otras consideraciones porque dejando al margen las máximas jurisprudenciales, las afirmaciones doctrinales y los pronunciamientos legales, nadie puede negar que la fe pública se justifica porque ofrece seguridad jurídica: sustrae, en efecto, a la libre apreciación, incluso del juez, determinados elemen-

tos del negocio jurídico. Y esa seguridad deriva de la intervención (autorización o presencia) de un fedatario dotado de fe pública. El particular que acudió a un tercero —a quien el Estado hizo depositario de la fe pública— no puede verse sorprendido en su buena fe (sic seguridad), por circunstancias ajenas a una función, que debe estar por encima de los intereses de una u otra corporación.

NOTAS

EMBARGO DE BIENES INMUEBLES NO INSCRITOS A FAVOR DEL EJECUTADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

MANUEL CACHÓN CADENAS

Profesor Colaborador de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

1.— En un proceso de ejecución de la sentencia recaída en un juicio de «cognición», el ejecutante consiguió que el correspondiente Juzgado de Distrito de Barcelona, ante el que se tramitaba el procedimiento, embargara, como perteneciente al ejecutado, el derecho de propiedad sobre una parte de una determinada finca urbana, a pesar de que dicha finca no figuraba inscrita a favor del deudor en el Registro de la Propiedad.

Por ello, y a fin de obtener la anotación preventiva del embargo, el ejecutante presentó un escrito en el Juzgado en el que, entre otros extremos, manifestaba mediante OTROSI:

«Que no habiendo contestado y hecho caso (el ejecutado) a los múltiples requerimientos efectuados por el Juzgado para que aportase a los autos la escritura o título acreditativo de la herencia de la casa sita en esta ciudad, C..., a fin de poder inscribir el embargo en su día practicado, esta representación tiene cabal conocimiento de que el demandado es propietario de una parte de la citada finca, en virtud de escritura de aceptación de herencia autorizada el día 24 de noviembre de 1976 por el Notario de esta ciudad Don F..., número de protocolo ..., sin que la citada escritura haya sido inscrita por lo que se refiere a la finca de autos, a pesar del muchísimo tiempo transcurrido, por ello, interesa y

AL JUZGADO SUPLICO: Que teniendo por hechas las anteriores manifestaciones, se sirva acordar requerir al citado Sr. M... a fin de que en el término de quinto día proceda a inscribir en el Registro de la Propiedad la citada finca, a fin de lograr esta parte el acceso al Registro del embargo en su día trabado, fundamentándolo legal-

mente en el art. 140, 3.º del Reglamento Hipotecario, con apercibimiento de que si dentro del citado plazo no lo hace se solicitará mediante mandamiento al Notario de esta ciudad, Don R..., como depositario del archivo del Notario Sr. F..., para que expida copia fehaciente de dicha escritura, y posteriormente anotar la citada aceptación de herencia y al propio tiempo anotación del embargo trabado».

El Juzgado denegó la petición del ejecutante en los siguientes términos:

«No ha lugar al otrosí del escrito presentado, en cuanto a inscribir la propiedad mencionada del demandado, por no ser este procedimiento el adecuado para la práctica de lo interesado».

Contra la anterior resolución el ejecutante interpuso recurso de reposición en el que citaba como precepto infringido el artículo 140, párrafo 3.º del Reglamento de la Ley Hipotecaria y señalaba que

«esta parte se ha visto obligada a recurrir a este sistema legal, ante la postura adoptada por el demandado de intentar conseguir una situación de aparente insolvencia cuando en realidad se tiene cabal conocimiento de que es propietario en cuanto a una parte de la finca que se indicaba en nuestro anterior escrito, y que en evitación de una situación de no poder asegurar una traba correctamente trabada es por lo que en su momento se intentó conseguir su aseguramiento».

El ejecutante concluía su escrito pidiendo la estimación del recurso y que

«se practiquen los requerimientos interesados y en la forma y modo solicitados».

El Juzgado desestimó el recurso formulado por el ejecutante mediante auto de treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en el que se declaraba:

«RESULTANDO: Que por la parte actora se presentó escrito en recurso de reposición de la providencia dictada por este Juzgado en fecha de trece de diciembre de 1983, indicando que el precepto infringido es el artículo núm. 140, párrafo tercero y cuarto del Reglamento de la Ley Hipotecaria, ya que los interesados en los embargos podrán pedir que se requiera al que se considere como dueño para que subsane la falta de inscripción; y en caso de que no lo hiciere, podrá solicitarse del Juez lo acuerde así, cuando pudiere encontrarse los títulos necesarios para ello; cuyo recurso aceptado se dio traslado a la parte demandada, para que en el término de tres días pudiera impugnarlo, y transcurrido dicho plazo no ha sido impugnado por dicha demandada.

CONSIDERANDO: Que procede desestimar el recurso de reforma planteado, toda vez que si bien es cierto que el artículo 140, apartado tercero del Reglamento Hipotecario, establece la posibilidad de soli-

«citar al Juez el acuerdo de la inscripción omitida, no es menos que se reflere, como indica dicho precepto, cuando tuviera o pudieran presentar los títulos necesarios al efecto, cosa que no se hace por los interesados, quedándoles a salvo la posibilidad expresada en el mismo artículo, apartado cuarto, de suplir la falta de titularidad por los medios establecidos en el Título VI de la Ley Hipotecaria, medios que se refieren a los empleados para conceder (sic) la realidad extraregistrarial, con la registral, actividad que únicamente corresponde a los interesados, como indica dicho precepto, y cuya actitud (sic) no ha de ser suplida por la judicial, dada la posibilidad que tienen ellos mismos de llevarla a cabo, todo ello, con imposición de costas a la parte actora».

Y, sin ulteriores razonamientos, finalizaba el auto con la siguiente resolución:

«Que debía mantener y mantenía la providencia dictada en los presentes autos, de fecha trece de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, no dándose lugar al recurso de reposición entablado por la parte actora, y con costas de este incidente a dicha parte».

2.— El análisis de las dos resoluciones judiciales expuestas requiere efectuar previamente algunas puntualizaciones:

A) En el presente supuesto, no queda claramente especificado el objeto de la traba. Indicar que se embarga el derecho de propiedad sobre una parte de un inmueble, o decir que «el demandado es propietario de una parte de la citada finca» (expresión consignada en el primer escrito del ejecutante), o que (el demandado) «es propietario en cuanto a una parte de la finca» (según consta en el segundo escrito del actor), parece denotar, *prima facie*, que el embargo versa sobre la propiedad plena y exclusiva de una inconcreta parte material o física de la finca, pero también podría significar que la afectación recae sobre una porción o cuota ideal, e indeterminada en cuanto a su extensión, del entero inmueble (embargo de parte indivisa).

B) A su vez, si tuviéramos que atenernos únicamente al tenor literal de los escritos formulados por el ejecutante y de las resoluciones judiciales, la situación registral del inmueble al que se refiere el embargo trabado sería incierta. Un solo dato resulta indudable: que la finca no figura inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutado. Ahora bien, ni el ejecutante precisa, ni el Juzgado tiene en cuenta si esa falta de inscripción obedece a que la finca ni siquiera está inmatriculada, o bien a que consta inscrita aún a nombre del causante del ejecutado, o incluso a que el titular registral es una persona distinta del causante y del propio ejecutado. Por este motivo, abstracción hecha de las peculiares circunstancias del caso en cuestión, el examen de las resoluciones judiciales se realizará atendiendo a las diversas hipótesis mencionadas.

Efectuadas las observaciones precedentes, el primer obstáculo que ha de ser superado estriba, paradójicamente, en enunciar de forma correcta el problema planteado. En efecto, uno tiene la impresión de que las cuestiones que el Juzgado pretende solventar no coinciden exactamente con las propuestas por el ejecutante. Este, en su escrito inicial, se limita a pedir al Juzgado que acuerde requerir al ejecutado a fin de que inscriba en el Registro de la Propiedad el bien embargado, y, además, solicita que tal requerimiento se haga bajo apercibimiento de proceder a la práctica de las sucesivas diligencias que se indican en aquel escrito, si el ejecutado no cumple el requerimiento. Los pedidos incluidos en el recurso de reposición corroboran esta conclusión. En otras palabras, el ejecutante no había pedido aún, al contrario de lo que parece entender el Juzgado, que éste decretara la inscripción del bien trabado.

De lo dicho se desprende que el problema entraña dos aspectos diferentes: a) en primer lugar, hay que determinar si, embargado un inmueble que no figura inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutado, el ejecutante puede, con carácter general, solicitar que aquél sea requerido por el Juzgado ante el que se sustancia el proceso de ejecución, para que lleve a cabo la expresada inscripción, a fin de que pueda practicarse la correspondiente anotación preventiva de embargo; b) en segundo término, y siempre que se dé una respuesta afirmativa a la pregunta anterior, es preciso dilucidar si el requerimiento judicial de que se trata puede ser realizado en los términos y en el modo propuestos por el ejecutante en este concreto supuesto. Ambas cuestiones serán abordadas en sendos apartados.

3.— A) En cuanto al primero de los problemas planteados, cabe señalar que la procedencia de una petición de esa clase no ofrece dudas. El art. 140, I, 3.º del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (RH) se pronuncia al respecto con suma rotundidad: «Los interesados en los embargos *podrán pedir que se requiera* al considerado como dueño, o a su representante en el procedimiento, para que se subsane la falta verificando la inscripción omitida...». Es cierto que el precepto citado no exige literalmente que el requerimiento sea judicial, pero tampoco establece que deba ser extrajudicial. Si la interpretación gramatical se reputara insuficiente para justificar la posibilidad, ya que no la necesidad, de que el ejecutado sea requerido judicialmente a instancia del ejecutante, bastaría tener en cuenta las siguientes consideraciones sistemáticas:

a) La norma transcrita está comprendida en el art. 140 RH, cuyo objeto es, fundamentalmente, la regulación de la anotación preventiva de embargo. Por ello, el art. 140, I, *in limine* RH se refiere expresamente a la «anotación preventiva de todo embargo de bienes inmuebles o derechos reales que se decreta en *juicio civil o criminal... o en procedimiento administrativo de apremio*». La situación que presupone ese precepto consiste en la pendencia de un procedimiento en el que se ha acordado un embargo. Si el procedimiento en cuestión es judicial, parece razonable entender que el requerimiento a que alude el art. 140, I, 3.º RH ha de ser también de esa misma clase, esto es, judicial. Incluso, sin ir más lejos, la propia norma establece que el requerimiento puede hacerse al que se considere como dueño del bien embargado o «a su representante en el procedimiento», lo cual denota el carácter judicial de esas actuaciones.

b) Por otra parte, la regla 3.ª del pfo. I del art. 140 RH está precedida por otras dos dedicadas a determinar la resolución que debe adoptar el Registrador en el supuesto de que el bien embargado no aparezca inscrito a favor de la persona contra la que se hubiera decretado el embargo. En tal hipótesis, la anotación preventiva del embargo se denegará o suspenderá, según los casos (art. 140, I, 1.ª y 2.ª RH). Pues bien, si el escollo que impide la anotación preventiva del embargo es la falta de la inscripción señalada, ninguna extrañeza puede causar el hecho de que aquellas dos reglas vayan seguidas de una tercera enderezada, precisamente, a suprimir el impedimento con que topa la anotación preventiva del embargo, es decir, a lograr que el bien trabado sea inscrito a favor de la persona contra la que se hubiese acordado el embargo. Ahora bien, la anotación preventiva de embargo se practica en virtud de mandamiento judicial (arts. 1409 y 1453 LEC). Por tanto, lo más acertado es pensar que, mientras no se disponga explícitamente lo contrario, los actos dirigidos a obtener aquella anotación también deben ser verificados judicialmente.

En consecuencia, atendiendo al contenido del art. 140, I, 3.º RH, la posibilidad de que el ejecutante pida que el ejecutado sea requerido judicialmente a fin de que lleve a efecto la inscripción del bien embargado resulta indiscutible.

B) Tampoco los presupuestos de aplicación del art. 140, I, 3.º RH originan dificultad alguna en orden a la admisión de la tesis enunciada. Es verdad que aquella norma está colocada inmediatamente después de las dos reglas que se ocupan de fijar las consecuencias que, respecto de la anotación preventiva del embargo, produce la falta de inscripción a nombre del ejecutado del bien embargado; asimismo, no puede ignorarse que tales consecuencias son negativas: suspensión o denegación de la anotación. Este hecho acaso pudiera inducir a entender que la aplicación del art. 140, I, 3.º RH está sujeta a un doble requisito: a) que se haya trabado embargo sobre un bien que no figura inscrito a favor del ejecutado; b) que, además,

se hubiera ordenado la práctica de la anotación preventiva del embargo, sin que ésta pudiera tener lugar a causa de aquella falta de inscripción previa. Pero una conclusión de esa naturaleza chocaría totalmente con el principio de economía procesal. Si lo que interesa realmente al ejecutante es conseguir que el embargo sea anotado y consta ya la existencia del obstáculo que impide el logro de ese propósito, es absurdo exigir al ejecutante que solicite antes la anotación preventiva del embargo. En defecto de norma expresa en contra, considero más útil y ajustado a los principios de economía procesal y eficacia del proceso permitir al ejecutante que inicie directamente las actuaciones encaminadas a la obtención de la anotación preventiva del embargo.

En definitiva, verificado el embargo en las condiciones descritas, no hay ningún inconveniente para aplicar la regla 3.ª del pfo. I del art. 140 RH y, por tanto, para que el ejecutante pida que el ejecutado sea requerido al objeto de que realice la inscripción omitida.

C) La facultad de solicitar el requerimiento a que hace referencia el art. 140, I, 3.ª RH se concede a «los interesados en los embargos». Naturalmente, el principal, si no el único, interesado en un embargo ejecutivo es el ejecutante. En el supuesto contemplado por el art. 140, I, 3.ª RH, el ejecutante tropieza con la imposibilidad de anotar el embargo por la falta de inscripción previa a nombre del ejecutado. El único dato relevante, a estos efectos, consiste en ese hecho: que el bien embargado no aparece inscrito a favor del ejecutado. El interés del ejecutante no depende de ninguna otra circunstancia concerniente a la específica situación registral en que se encuentre el bien trabado.

El análisis individualizado de cada uno de los posibles supuestos confirma la afirmación anterior. A la vista del caso que estamos examinando, caben tres hipótesis:

a) Que el inmueble embargado figure inscrito a favor de una persona distinta del ejecutado y del causante de la sucesión hereditaria (por ejemplo, está inscrito aún a nombre de quien lo transmitió al causante del ejecutado); entonces, por aplicación del principio registral del tracto sucesivo (art. 140, I, 1.ª RH en relación con el art. 20 de la Ley Hipotecaria), procede la denegación de la anotación preventiva del embargo.

b) Que la finca trabada aparezca inscrita a nombre del causante; en este caso, hay que aplicar, a mi juicio, el art. 140, I, 1.ª en relación con el art. 103 RH, de suerte que, si en el mandamiento judicial que ordena la anotación del embargo se hace constar que el ejecutado es heredero de quien figura como titular registral del bien

embargado, se debe suspender la anotación preventiva del embargo, pudiéndose practicar anotación preventiva de la suspensión (1).

c) Que la finca no esté inmatriculada; en tal hipótesis, se ha de suspender la anotación preventiva del embargo, siendo posible tomar anotación preventiva de suspensión de la de embargo (art. 140, I, 2.ª RH).

En los tres supuestos, el interés del ejecutante en orden a la verificación de la inscripción del bien embargado a favor del ejecutado es evidente: en el primero, quedaría excluida la anotación preventiva del embargo, sin que pudiera practicarse, en su lugar, anotación preventiva de suspensión; en las dos hipótesis restantes tampoco cabe anotar el embargo, y, aunque se otorgue la posibilidad de tomar anotación preventiva de suspensión, las ventajas que ésta proporciona al ejecutante son inferiores a las que se derivan para él de la anotación preventiva de embargo propiamente dicha (2).

En suma, el ejecutante tiene interés en obtener la inscripción a favor del ejecutado del bien embargado con independencia de las demás circunstancias registrales relativas a dicho bien (3). Si esto es así, y, por otra parte, el art. 140, I, 3.ª RH atribuye al ejecutante la facultad de solicitar que el ejecutado sea requerido judicialmente para que realice aquella inscripción, sin que sea preciso, para instar la aplicación de esa norma, que se haya pedido previamente la anotación preventiva del embargo, no es posible compartir, al menos en su aspecto general, la razón aducida por el Juzgado, según la cual el procedimiento que el ejecutante intenta utilizar no es el adecuado.

A continuación, se tratará de comprobar si la tesis aquí sostenida queda desvirtuada por los restantes argumentos contenidos en las resoluciones judiciales glosadas.

(1) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Pamplona, 1975, VI, p. 102; ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., Barcelona, 1979, IV-1.º, p. 143, nota 3; RIFÁ, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, p. 490.

(2) Téngase en cuenta, por ejemplo, que la anotación preventiva de embargo caduca a los cuatro años, pero puede ser prorrogada (art. 86 LH), y, si esto último tiene lugar, no cabe la cancelación por caducidad «hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas» (art. 199, II RH); por el contrario, la anotación preventiva de suspensión de la de embargo caduca a los sesenta días, si bien este plazo se puede prorrogar hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de resolución judicial (arts. 96 LH y 169, II RH). La diferencia entre ambos tipos de anotación, en lo que atañe a su duración, es patente.

(3) Vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, p. 144; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios...*, loc. cit.

D) A modo de complemento o explicación de la providencia que rechaza la petición del ejecutante, el auto que desestima el recurso interpuesto por aquél reconoce que, en efecto, el art. 140, apartado 3.º del RH establece la posibilidad de pedir al juez que decreta la inscripción omitida, pero ello sólo es posible cuando el interesado tenga o pueda presentar los títulos necesarios al efecto, cosa que el ejecutante no hace. Tal razonamiento quizás sirva para denegar la solicitud dirigida a lograr que el juez ordene la inscripción omitida, pero en modo alguno puede justificar la desestimación de la petición formulada por el ejecutante: que se requiera al ejecutado para que lleve a cabo la inscripción del bien embargado.

El anterior aserto se basa en una adecuada comprensión del artículo 140, I, 3.º RH, que dispone: «Los interesados en los embargos podrán pedir que se requiera al considerado como dueño, o a su representante en el procedimiento, para que se subsane la falta verificando la inscripción omitida, y, caso de negarse, podrán solicitar que el Juez o Tribunal lo acuerde así cuando tuvieren o pudieren presentar los títulos necesarios al efecto». Supuesto que el embargo se haya trabado en un proceso de ejecución, el procedimiento configurado en ese precepto comprende dos fases temporales nítidamente diferenciadas:

a) La primera etapa está integrada por los siguientes actos: 1) petición del ejecutante encaminada a que el juez acuerde requerir al ejecutado para que inscriba el bien embargado; 2) resolución judicial que acoja o deniegue el pedimento del ejecutante; 3) práctica, en su caso, de la diligencia de requerimiento.

b) La segunda fase tiene carácter subsidiario. Solamente puede incoarse si el ejecutado se niega a cumplir el requerimiento («caso de negarse» dice la norma transcrita). Esta etapa comprende, en síntesis, los siguientes actos: 1) solicitud del ejecutante a fin de que el juez decreta la inscripción; 2) resolución judicial estimatoria o desestimatoria de aquella pretensión; 3) en caso positivo, expedición del correspondiente mandamiento judicial dirigido al Registrador para que practique la inscripción.

En cada una de las dos fases hay una resolución judicial. Pero el art. 140, I, 3.º RH exige que se tengan o puedan presentar los títulos necesarios para realizar la inscripción como requisito de estimación de la petición que abre la segunda fase, pero no de la primera solicitud, que es la deducida por el ejecutante en el supuesto que estamos examinando. Y, so pena de convertir el requerimiento en un formalismo suerfluo, no podía ser de otra forma; carecería de sentido exigir al ejecutante que presente los títulos necesarios para proceder a la inscripción del bien embargado cuando todavía no se ha pedido

que el juez ordene esa inscripción, y, por ende, en un momento en que no se sabe si será preciso iniciar la segunda fase del procedimiento previsto en el art. 140, I, 3.º RH.

E) El auto que desestima el recurso del ejecutante no se limita a declarar la improcedencia de aquél y a motivar esta decisión. Va más allá de lo que exige el desempeño de la función jurisdiccional estrictamente entendida, y señala el cauce al que, en opinión del juez, debe acudir el ejecutante para lograr su propósito. Según el Juzgado, habría que recurrir a los medios previstos en el Título VI LH, por aplicación del apartado 4.º del art. 140 RH (en rigor, se trata de la regla 4.ª del pfo. I del art. 140 RH). Una vez más, hay que manifestar el total desacuerdo con la tesis mantenida por el Juzgado.

Con arreglo al art. 140, I, 4.º RH, «cuando en virtud de sentencia ejecutoria se acuerde la venta de los bienes embargados, podrán también los interesados, si el propietario se niega a presentar la titulación, suplir su falta por los medios establecidos en el título VI de la Ley (Hipotecaria)». Esta norma coincide parcialmente con la prevista en el art. 1493, II LEC, según el cual «cuando esto no diere resultado, o no existieren títulos de dominio, podrá suplirse su falta por los medios establecidos en el título XIV de la Ley Hipotecaria». Obviamente, en la actualidad debe considerarse que la remisión se hace al Título VI de la vigente LH. ¿Por qué se ha dicho que el art. 140, I, 4.º RH coincide parcialmente con el art. 1493, II LEC? Por la sencilla razón de que el primero de los preceptos citados parte de uno de los supuestos contemplados por el pfo. II del art. 1493 LEC («si el propietario se niega a presentar la titulación»), aunque, a primera vista, pudiera parecer lo contrario. La primera hipótesis configurada en el art. 1493, II LEC se expresa de la siguiente forma: «cuando esto no diere resultado...». ¿Y a qué se refiere? Pues a los medios señalados en el pfo. inmediatamente anterior, esto es, en el pfo. I del art. 1493 LEC, para el caso de que el ejecutado no hubiera atendido al preceptivo requerimiento que, cuando se trata de bienes inmuebles, debe hacerse en el procedimiento de apremio, a fin de que en el plazo de seis días presente en la Secretaría del Juzgado los títulos de propiedad de las fincas embargadas (art. 1489, 2.º LEC), o, lo que es igual, para el supuesto de que «el ejecutado no hubiere presentado los títulos dentro del plazo señalado en el número segundo del artículo 1489» (art. 1493, I, LEC), que es exactamente la hipótesis a la que alude el art. 140, I, 4.º RH.

Por las razones expuestas, la utilización de los medios previstos en el art. 1493, II LEC, y, en consecuencia, el empleo de los que el Juzgado considera adecuados (art. 140, I, 4.º RH), presuponen la aplicación infructuosa del pfo. I del art. 1493 LEC o, como mínimo, la

imposibilidad de hacer uso de los diversos expedientes indicados en ese precepto. Uno de tales expedientes consiste en «mandar que se libre... testimonio de las escrituras conducentes» (art. 1493, I LEC). Este era uno de los medios de que intentaba valerse el ejecutante para el caso de que el ejecutado no cumpliera el requerimiento (según se lee en su escrito inicial), y el Juzgado lo rechazó anticipadamente por considerar que se trataba de un procedimiento inadecuado, a pesar de que (tal y como se desprende del escrito mencionado) ya se había observado el único requisito que el art. 1493, I LEC exige para que pueda acudir a aquella vía: que el ejecutado no haya presentado los títulos de propiedad del bien embargado, después de ser requerido a tal fin.

Más aún. Incluso si se estimara que el art. 140, I, 4.ª RH no recuerda, ni siquiera parcialmente, con el art. 1493, II LEC, una cosa es segura: que la primera de las normas mencionadas no excluye expresamente la aplicación del art. 1493, I LEC, ni puede impedir dicha aplicación por tratarse de un precepto reglamentario, al contrario del citado art. 1493, I LEC, que, claro está, tiene rango legal. Esto significa que, efectuado sin éxito el requerimiento al ejecutado para que presente los títulos de propiedad, el ejecutante puede, sin ulteriores requisitos, pedir que el Juzgado ordene que se libre testimonio de las escrituras oportunas (art. 1493, I y III LEC); en otras palabras, el ejecutante tiene la posibilidad de solicitar al Juzgado la expedición del correspondiente mandamiento judicial dirigido al Notario que esté encargado de la custodia del archivo en que se encuentren las escrituras públicas en cuestión, para que dicho Notario libere copia de ellas. Y esto era, según se puso de relieve, lo que pretendía el ejecutante, en el supuesto de que el ejecutado hiciera caso omiso del requerimiento. Pero, en opinión del Juzgado, se trataba de un procedimiento inadecuado.

Por si eso fuera poco, el Juzgado llega a sostener que los medios establecidos en el Título VI LH implican «una actividad que únicamente corresponde a los interesados, como indica dicho precepto» (se refiere al art. 140, I, 4.ª RH), y que dicha actividad «no ha de ser suplida por la judicial, dada la posibilidad que tienen ellos mismos de llevarla a cabo». Para valorar estas aseveraciones, basta tener en cuenta que, entre los medios previstos en el Título VI LH se halla, por ejemplo, el expediente de dominio (arts. 199 y 200 LH), que es un procedimiento que se tramita ante el Juzgado de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca o la parte principal de la misma (art. 201, 1.ª LH). No es, por consiguiente, una actividad que corresponda exclusivamente a los interesados, sino que resulta necesaria la intervención judicial.

Así pues, la primera de las cuestiones planteadas al principio ha

de ser resuelta afirmativamente. Embargado un bien inmueble que no figura inscrito a favor del ejecutado, el ejecutante puede pedir que aquél sea requerido judicialmente a fin de que verifique la inscripción omitida.

4. — El segundo problema enunciado consiste en determinar si el requerimiento judicial a que se ha hecho referencia puede ser efectuado en los términos y en la forma pretendida por el ejecutante en el caso que constituye el objeto de esta nota.

El ejecutante, además de pedir que fuera requerido el ejecutado para que llevara a efecto la inscripción del bien embargado, agregaba que tal requerimiento se hiciera bajo apercibimiento de que, en defecto de cumplimiento por parte del ejecutado, se solicitaría copia fehaciente de la correspondiente escritura de aceptación de herencia al Notario depositario del archivo en que se hallaba esa escritura y, asimismo, se procedería posteriormente a inscribir el bien embargado y a anotar el embargo.

Fácilmente se comprende que la cuestión antes formulada consiste en precisar si el Juzgado podía denegar el requerimiento por ser improcedente el apercibimiento pretendido por el ejecutante. La respuesta debe ser negativa. El expresado apercibimiento era perfectamente idóneo y admisible.

El requerimiento es una intimación que se hace a una persona a fin de que observe determinada conducta o se abstenga de realizar una concreta actividad. Requerir a alguien, apercibiéndole de las consecuencias perjudiciales para él que se seguirán en caso de que incumpla el requerimiento, constituye una auténtica conminación, esto es, no sólo se ordena algo, sino que también, para reforzar el efecto intimidatorio del requerimiento, se advierte al requerido de la posibilidad de que, en caso de incumplimiento, surjan determinadas situaciones o se lleven a cabo específicos actos perjudiciales para los intereses de aquél. Claro está que el apercibimiento, si se refiere a actuaciones procesales, no prejuzga las cuestiones que puedan derivarse de la falta de cumplimiento del requerido; por ejemplo, si se apercibe al requerido de ser tenido por desobediente a la autoridad judicial, no quiere decirse, ni mucho menos, que necesariamente el requerido va a ser condenado por un delito de esa clase. El apercibimiento es sólo una amenaza. Anuncia únicamente la *posibilidad* de que ocurra el acto o se produzca la situación desfavorable para el requerido. Para juzgar acerca de la procedencia o improcedencia de un apercibimiento, hay que atenerse exclusivamente a la mera posibilidad de que tenga lugar en el futuro el objeto de dicho apercibimiento, si el apercibido desatiende el requerimiento que se la haya efectuado.

Las afirmaciones precedentes implican la consecuencia de que, en el caso estudiado, el apercibimiento pretendido por el ejecutante es admisible si, *ab initio*, existe la simple posibilidad de llevar a efecto, en el futuro, las actuaciones indicadas por el ejecutante, si el ejecutado hace caso omiso del requerimiento. Esas actuaciones consisten en: a) expedir mandamiento dirigido al Notario para que libre copia auténtica de la escritura de aceptación de herencia; b) inscribir a favor del ejecutado el bien embargado y anotar el embargo, una vez que el Notario haya expedido la correspondiente copia. A mi entender, no cabe descartar inicialmente la posibilidad de llevar a cabo, en un momento posterior, ambos tipos de diligencias.

La posibilidad de librar mandamiento judicial a fin de que el Notario expida copia de la escritura está avalada por las siguientes consideraciones:

a) Tal y como se indicó en el apartado anterior, el art. 1493, I y III LEC otorga al ejecutante manifiestamente la facultad de pedir que se expida aquel mandamiento.

b) El ejecutante tiene un interés legítimo y evidente en conseguir copia de la escritura (4). El principio de eficacia procesal impone al juez el deber de satisfacer aquel interés.

c) Ningún inconveniente hay que aplicar analógicamente, si no de forma directa, el art. 312, 4.ª RH (5). Este art. regula el procedimiento a seguir para lograr que el titular de un derecho real sobre finca no inscrita pueda inscribir su derecho. La regla 4.ª concede a quien ostente un derecho de esta clase la facultad de pedir, previo el oportuno requerimiento al propietario de la finca, la inscripción de dominio a favor de aquél; y añade ese precepto que «si no tuviera (el titular del derecho real) los documentos necesarios (para solicitar la inscripción de dominio), acudirá al Juez o Jueces donde radiquen los archivos en que se encuentran, para que, con citación del dueño, mande sacar copia de ellos y se le entregue al anotante (titular del derecho real) a dicho objeto».

En cuanto a la posibilidad de inscribir a favor del ejecutado el bien embargado y de anotar el embargo, también es clara, al menos en los términos en que la propone el ejecutante: con posterioridad a la expedición de la copia de la escritura de aceptación de herencia. Adviértase que, en el momento en que se pide el requerimiento, sola-

(4) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1962 considera que tiene derecho a obtener copia de la correspondiente escritura pública el acreedor de uno de los herederos, con objeto de pedir embargo del derecho hereditario.

(5) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *op. y loc. cit.*

mente hay que atender a la mera posibilidad de que la inscripción pueda tener lugar en el futuro, y, por ello, con independencia de que, cuando se solicite la inscripción, ésta deba ser denegada, por no presentar junto con aquella copia otros documentos necesarios para poder decretarla (art. 140, I, 3.ª, *in fine*, RH); pero esta cuestión no puede ser resuelta anticipadamente, como hace el Juzgado, sino en la segunda fase del procedimiento regulado en el art. 140, I, 3.ª RH.

La conclusión a que conducen los argumentos formulados es la de que el ejecutante, en el caso presente, tenía la facultad de pedir que el requerimiento fuera efectuado en los propios términos propuestos por él.

5.— Ya se indicó al comienzo de estas líneas que las resoluciones judiciales glosadas producían la impresión de que el Juzgado parecía haber entendido, indebidamente en mi opinión, que el ejecutante, aparte del requerimiento, solicitaba que se decretara la inscripción del bien embargado y la anotación del embargo, para el supuesto de que el ejecutado no cumpliera el requerimiento (6).

Incluso en esa hipótesis la idoneidad jurídica de las resoluciones judiciales dejaría mucho que desear. En todo caso, el Juzgado hubiera debido acoger la petición concerniente al requerimiento del ejecutado; este requerimiento era totalmente procedente por las razones aducidas a lo largo de la presente nota. En segundo término, el Juzgado habría tenido que resolver el segundo pedimento, relativo a ordenar la inscripción del bien embargado y la anotación de la traba; esta segunda petición sí resultaría inadmisibles, por haber sido formulada en un momento inadecuado, ya que aún no se había entrado en la segunda fase del procedimiento establecido en el art. 140, I, 3.ª RH. Pero el Juzgado, al desestimar íntegramente el *petitum* del ejecutante, habría rechazado las dos peticiones, lo que ya no sería acertado.

Las diversas consideraciones realizadas obligan a emitir una opinión contraria al contenido de las dos resoluciones judiciales comentadas. Entiendo que el Juzgado debió acceder a la petición del ejecutante, y, por tanto, acordar el requerimiento solicitado por aquél.

(6) A este respecto, es muy significativa la inexactitud en que incurre el Juzgado en el único resultando del auto por el que se desestima el recurso formulado por el ejecutante; en efecto, dice el Juzgado que el recurso citaba como precepto infringido por la providencia recurrida el art. 140, párrafos tercero y cuarto del RH, cuando, en realidad, el recurrente invocaba como norma vulnerada el art. 140, párrafo tercero del RH, sin aludir al párrafo cuarto de ese artículo.

**ES INCONSTITUCIONAL POR PRODUCIR INDEFENSIÓN
(ART. 24.1 C.) E IR CONTRA LA UTILIZACIÓN DE LOS
MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA SU DEFENSA
(ART. 24.2 C.) LA EXIGENCIA AL RESPONSABLE
CIVIL EN EL PROCESO PENAL DE RESPONSABILIDAD
SUBSIDIARIA «IN RE IPSA»**

ANTONIO M.^o LORCA NAVARRETE
Titular Numerario de Derecho Procesal
San Sebastián

SUMARIO:

I. El responsable civil en el proceso penal no es *subsidiario*. — II. La inconstitucionalidad de la responsabilidad civil «in re ipsa». — III. La jurisprudencia del T.S. que consagra la responsabilidad civil «in re ipsa».

**I. — EL RESPONSABLE CIVIL EN EL PROCESO PENAL
NO ES «SUBSIDIARIO»**

Tratando de adecuar doctrinalmente la posición del responsable civil en el proceso penal ya he tenido ocasión de señalar (1) cómo no sólo la doctrina sino también la jurisprudencia del T.S. (y cómo no la que surge de las AA.PP.) adjetivizan a esta parte del proceso penal, de consumo, como *subsidiaria*, siendo común, por tanto, que se califique y denomine a la parte del proceso penal a la que ahora me refiero por el tipo de responsabilidad (*subsidiaria*) a la cual hace frente (normalmente, aunque no siempre como *responsable civil subsidiario*.

(1) Véase mi trabajo *Aproximación al estudio del responsable civil como parte civil en el proceso penal* en Rev. Ib. de Der. Proc. 1983, pp. 135 y ss., realizado con ocasión de haberseme otorgado por la Universidad de Extremadura una ayuda a la investigación. Plan A.

A título meramente ilustrativo y aparte de que nuestra Práctica Forense y Criminal del pasado siglo y de bien entrado el presente no sistematizó —ni podía (por razones de científicidad jurídica)— al responsable civil como verdadera parte del enjuiciamiento criminal, los Tratados y obras de carácter general de usual manejo sobre el proceso penal y demás monografías sobre el tema desconocen —o mejor les pasa inadvertida— esa deseada sistematización de las partes acusadas del proceso penal.

La justificación hay que situarla en el trasplante al campo adjetivo y procesal del principio general establecido *de origine* en nuestros Códigos penales sustantivos, de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente y asimismo en la posible existencia, por tanto, de sujetos civilmente responsables juntamente con las personas obligadas a responder criminalmente. Resultando que este planteamiento ha originado que se haya situado en un primer término el estudio en torno a la exigencia de responsabilidad civil que surge del hecho punible orillándose en consecuencia la elaboración de un concepto exclusivamente procesal del sujeto pasivo de la sola y exclusiva acusación civil. La consecuencia, por tanto, es que el estudio del enjuiciamiento se va a centrar en concreto, no en el sujeto de la acusación civil (parte acusada civil, responsable civil), y sí en la existencia de la responsabilidad que indistintamente puede afectar al responsable criminal (en nuestra tesis siempre el imputado) como a terceros a la imputación criminal (en nuestra tesis siempre responsables civiles diferentes y diferenciados *adjetiva o procesalmente* del imputado).

Resulta así que la atención a cuestiones netamente sustantivas (la responsabilidad civil) y no procesales u adjetivas (como serían las relativas al estudio de las partes en el proceso penal), van a desviar la atención del procesalista, originando un torpe planteamiento que impedirá calibrar en su verdadero alcance procesal la figura del responsable civil como parte acusada distinta del sujeto pasivo de la acción penal.

El error de planteamiento lo encontramos no ya en nuestra Práctica Forense, sino en estudios sobre el enjuiciamiento criminal más posteriores. Es más, y esto es lo más grave, aún persiste en la actualidad ese mismo error, claro está que un examen certero no ofrece los mismos resultados. Y así, y concretándose al presente siglo, es posible indicar que hasta bien entrado el mismo ni siquiera existe una auténtica sistematización de las partes acusadas en el proceso penal, estableciéndose como principio general de carácter netamente sustantivo que la responsabilidad civil no alcanza tan sólo a los responsables criminales, sino a *terceros* que no hayan participado en el hecho delictivo. (Y baste por ahora decir que tampoco el responsable

civil es un tercero). En tal sentido FÁBREGA Y CORTÉS ya indicaba al hablar de las personas contra quienes se puede dirigir la acción civil que «el principio general que rige en esta materia es que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente. Pero además de las personas criminales responsables, pueden serlo otras personas que no tienen responsabilidad criminal, y a éstas se les llama terceros civilmente responsables» (2). Por lo tanto, al primarse en el enjuiciamiento criminal el estudio de la responsabilidad civil (aspecto sustantivo) se confunde y no se sistematiza con caracteres propios y adjetivos al sujeto pasivo exclusivo de la acusación civil (responsable civil).

También DE PINA cae en el error de dar carácter prevalente al estudio de la responsabilidad civil (aspecto sustantivo) en el proceso penal con detrimento lógico para una sistematización de las partes acusadas en el enjuiciamiento. En esa línea expositiva el autor citado indicaba que «la responsabilidad civil no alcanza tan sólo a los responsables criminalmente, sino que puede corresponder a personas que no hayan tenido participación en el hecho delictivo» (3).

Por su parte, e inaugurando la década de los cuarenta del presente siglo, GARCÍA VALDÉS habla ya de *legitimados activa y pasivamente* para la acción civil. En efecto, señala el citado autor que «desde el punto de vista *pasivo* son responsables civiles, por lo general, los responsables penales (autores, cómplices y encubridores), solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás (arts. 19 y 109 del Código Penal; cfr., sin embargo, el art. 108), pero a veces la acción pertinente se dirige contra los herederos del responsable (art. 107 de la ley sustantiva), contra terceros subsidiariamente responsables, conforme a los arts. 20 y 21 del Código Penal, y aún contra los propios exentos de responsabilidad criminal, de acuerdo con las reglas primera y tercera del referido art. 20» (4). El planteamiento de GARCÍA VALDÉS, que persiste en la doctrina posterior, tiene la fortuna de dar cauce a la sistematización de las partes acusadas en el proceso penal, pues no en vano habla de «*legitimados para el ejercicio de la acción civil*» (5), pero al igual que

(2) FÁBREGA Y CORTÉS, M., *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907, p. 369; y también en *Lecciones de Procedimientos Judiciales*, 3.^a edición, Barcelona, 1928, p. 373. A pesar, además, de lo impropio que es hablar de *terceros* civilmente responsables, pues el responsable civil no es un tercero interviniente en el proceso penal. Más sobre el particular en mi trabajo *Aproximación al estudio...*, op. cit., pp. 139 y ss.

(3) DE PINA, R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1934, p. 80.

(4) GARCÍA VALDÉS, R., *Derecho Procesal Criminal*, Madrid, 1940, pp. 95 y 96 (las alusiones al Código Penal, se han de entender hechas al C. Penal de 1932).

(5) GARCÍA VALDÉS, R., *Derecho Procesal*, op. cit., p. 95.

a la doctrina posterior le pasa inadvertido que procesalmente son distintas las posiciones que en el enjuiciamiento tienen el imputado por un acto punible (sujeto pasivo de la acusación penal) y el responsable civil (exclusivo sujeto pasivo por el ejercicio de la pretensión de resarcimiento), ambas partes acusadas del proceso penal. Y en este mismo error de planteamiento cae la doctrina posterior y más reciente, que ya sí que sistematiza las partes en el proceso penal, pero como consecuencia del pie forzado que implica el examen sustantivo de la responsabilidad civil y de los sujetos vinculados en el enjuiciamiento por ella. Pero la misma no cae en la cuenta de que el método de investigación debería haber sido a la inversa, esto es, establecer en un primer lugar qué sujetos pueden ser procesalmente acusados y luego determinar sus respectivas y exclusivas responsabilidades, puesto que en base a esas posibles responsabilidades es indudable que sus respectivas posiciones en el enjuiciamiento serán diversas. Por lo tanto, y en base a este error de planteamiento, la doctrina más cercana en el tiempo, sistematiza desde luego al responsable civil como parte del proceso penal, pero sin llegar a revestirlo del carácter adjetivo o procesal que le es propio y consustancial para poder situar a esta parte acusada en el enjuiciamiento. Por lo tanto, se sigue aludiendo al responsable civil bajo el pie forzado que en la materia que se examina dicta la atribución de responsabilidad civil con arreglo a normas sustantivas, que no procesales. De ahí que sea común hablar de responsable civil *subsidiario* como si esta parte, más que un concepto o elaboración procesal, lo fuera sustantivo y además subsidiario respecto de una parte acusada principal: el imputado o el sujeto pasivo de la pretensión punitiva.

Resulta así que algún autor incluso habla de partes pasivas principales y subsidiarias como es el caso de JIMÉNEZ ASENJO (6), caracterizando al responsable civil como subsidiario en el enjuiciamiento y en concreto como parte pasiva secundaria o de segundo grado, cuando resulta que en el *proceso* la función y posición del responsable civil ni es subsidiaria, ni subordinada, lo podrá ser en el aspecto material o sustantivo, pero nunca en el procesal, pues lo contrario implicaría que en el enjuiciamiento criminal hay partes acusadas con mejor derecho que otras. Y no es así. Quizás en algunos planteamientos esta delimitación que se apunta subyace, pero lo cierto es que la

(6) JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Madrid (sin fecha), p. 149. Otros autores, incluso LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E. y SÁEZ JIMÉNEZ, E., *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Tomo IV, Volumen I, Madrid, 1966, p. 1227 y ss. y 1392 y ss., hablan de acciones civiles principales y subsidiarias y las explican, y dentro de esta última incluso distinguen entre subsidiaria general y subsidiaria particular.

circunstancia de aludir expresamente a responsable civil *subsidiario*, me parece indicar sin más muy poco en favor de la autonomía y tratamiento *procesal* diferente y diferenciado del responsable civil en el enjuiciamiento criminal. En efecto, y éste es también al menos el tratamiento que parece tiene el responsable civil cuando IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO (7) se refiere al mismo al incluir en dicho concepto a la persona responsable criminalmente que lo será civilmente, estableciendo como consustancial al responsable civil su *subsidiariedad*. Y tal subsidiariedad, en nuestra opinión, no es en ningún modo procesal, sino sólo y exclusivamente tiene un trasfondo sustantivo, establecido por la norma sustantiva, pues repito, si esa subsidiariedad fuera *procesal* y sirviera para denominar *procesalmente* al responsable civil, resultaría que este sujeto del enjuiciamiento tendría o iría al enjuiciamiento con menos derechos que los ya reconocidos por la Constitución para la eficacia del proceso jurisdiccional (penal), de modo que a través de él se lleve a cabo la efectiva tutela de los derechos «sin que en ningún caso pueda producirse indefensión» (artículo 24.1 C.). Y el mismo error de planteamiento aparece expuesto por VICENTE CHAMORRO y GONZÁLEZ POVEDA (8), al igual que LORCA GARCÍA (9), pues todos ellos hablan expresamente de «responsable civil subsidiario» para oponerlo en el lado pasivo de la acusación al que llaman inculcado o encausado, como si en definitiva la subsidiariedad fuera válida y determinante para adjetivizar *procesalmente* la figura del responsable civil. Lo subsidiario, repito, no tiene ningún alcance para configurar *procesalmente* el concepto del responsable civil. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA, tras incidir en el error de base de calificar civilmente responsable por el hecho delictivo «el que haya participado en él cualquiera de las formas que fundan la responsabilidad penal» (10), señala a continuación que puede serlo también «un tercero» (11)?! También en el Derecho Procesal compuesto por PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HE-

(7) IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1969, pp. 108 y ss. y 112.

(8) VICENTE CHAMORRO, J. y GONZÁLEZ POVEDA, B., *Derecho Procesal Penal* (adaptado al programa de ingreso en la Escuela Judicial), Vol. IV, Madrid, 1972, p. 37.

(9) LORCA GARCÍA, J., *Derecho Procesal Penal*, III (ajustado al programa de las oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial), Madrid, 1973, pp. 110 y ss.

(10) En GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, décima edición, Madrid, 1984, p. 78.

(11) En GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, op. cit., p. 78.

REDIA (12) se distingue —con una redundancia que no es sino monótona en el tema que examinamos— dentro de los sujetos de la responsabilidad civil, entre principales y subsidiarios, como si los responsables civiles en el proceso penal pudieran ser principales o subsidiarios. Lo es la responsabilidad civil, principal y subsidiaria, en su contexto sustantivo pero nunca en el procesal, pues la obligación de responder civilmente cuando ésta existe se individualiza en el proceso penal, sin que lo principal y lo subsidiario sea un concepto procesal como efectivamente lo es el de parte. Por lo tanto, es preciso abandonar esa adjetivación, más aún teniendo en cuenta que lo contrario dice muy poco en favor de una teoría general de las partes en el proceso penal, amén de que se prestaría a confusiones, pues indudablemente no es igual la posición que ocupe en el proceso penal el sujeto de la imputación penal que la de la persona que sólo tiene que responder civilmente. Que ese término de subsidiariedad lo determina sólo la norma sustantiva no hay duda, y el procesalista sólo debe recoger ese dato pero no darle carta de naturaleza procesal como para que pueda servir para adjetivizar un concepto de parte como el de responsable civil que, antes que nada y sobre todo, es procesal.

Por último, y para terminar este repaso a título meramente ilustrativo quiero aludir a ARAGONESES (13) que efectivamente habla de responsable civil, pero al dar su concepto establece como *procesalmente* válido considerar responsable civil a la persona o personas que participan en el delito. No es así. Si así fuera, confundiríamos con grave perjuicio para la ciencia del proceso penal las respectivas posiciones del llamado por ARAGONESES encausado y el responsable civil. Y el responsable civil es una parte del proceso penal autónoma, diferente y diferenciada del encausado o sujeto pasivo de la acusación penal, pues en definitiva el régimen de intervención de ambos sujetos —imputado y responsable civil— en el proceso penal necesariamente ha de ser diferente pues responden básicamente por responsabilidades diferentes, si no fuera así no tenía la L.E.Cr. por qué haber establecido un régimen de intervención en el proceso penal de la persona que únicamente responde civilmente, esto es, el responsable civil.

(12) PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, L.-GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Madrid, 1978, pp. 123 y ss.

(13) ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Madrid, 1981, p. 164. En similares términos se expresaban VIADA LÓPEZ PUIGCERVEI, C. y ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, I, 4.^a edición, Madrid, 1974, pp. 161 y ss.

Y, claro, comenzando por algo tan sustancial como es el saber si realmente (ya) en el enjuiciamiento criminal el responsable civil como parte procesal es subsidiario o no, plantea una cuestión de categorías doctrinales fundamentales en el enjuiciamiento. Y ciertamente que examinando no sólo el posicionamiento de las partes en el proceso penal, sino que incluso en el civil, semejante categoría de parte procesal *subsidiaria* no existe. Podrán existir (y así parece en el enjuiciamiento civil) terceros intervinientes, incluso como coadyuvantes o parte coadyuvantes como más propiamente ocurre en el recurso contencioso-administrativo. Pero (además de que semejante planteamiento de partes no es aplicable al proceso penal) lo que sin lugar a dudas no existe doctrinalmente es la categoría de *parte procesal subsidiaria* en el enjuiciamiento (ya sea civil, laboral, penal o contencioso-administrativo).

En el enjuiciamiento en general y menos aún en el criminal no existen *partes procesales subsidiarias*. Repugna al propio encuadre del proceso penal la existencia en el mismo de partes subsidiarias, pues en lo fundamental como es la tutela jurisdiccional del propio derecho cada parte en su respectivo enjuiciamiento es completamente autónoma, esto es, no subsidiaria. Otra cosa es que, como consecuencia de la norma sustantiva (penal) en algunas hipótesis (las más numerosas) el responsable civil deba soportar la carga de una responsabilidad civil cada vez más objetivizada o «in re ipsa» que implica, por qué no decirlo, una conculcación en su derecho de defensa y que puede que le produzca indefensión aun cuando ésta en ningún caso pueda producirse (art. 24,1 C.), orillándose, sin duda, la constitucionalidad. Pero esa carga de responder subsidiariamente que le corresponde al responsable civil en la mayoría de las hipótesis no implica que ya en el enjuiciamiento criminal haya que situar una *parte procesal subsidiaria* (el responsable civil). Su carácter defectivo o de segundo grado se le atribuye al responsable cuando se encuentra obligado a responder subsidiariamente y por imposición de la norma sustantiva (penal); pero ya en el enjuiciamiento criminal semejante planteamiento no es posible porque sería como admitir que en el específico campo del proceso penal existen unas partes con mejor derecho que otras y esto (de existir) lo que no puede es conculcar la propia autonomía de cada parte en el enjuiciamiento que desde luego no supone subsidiariedad a pesar de que la misma se predique respecto del responsable civil, pero sólo en base a una responsabilidad civil a la que se le atribuye cada vez más un carácter objetivo por la propia jurisprudencia del T.S. Por tanto, la subsidiariedad del responsable civil le viene al mismo por imposición de la norma sustantiva (penal) y por el carácter objetivo o *in re ipsa* que a la misma atribuye el T.S. (o en cierto sector sin lugar a dudas mayoritario); pero luego,

en el enjuiciamiento criminal la delimitación del responsable civil es procesal, no sustantiva, aun cuando, eso sí, el tipo de responsabilidad que soporte (normalmente subsidiaria) pueda conculcar el acceso a una efectiva tutela jurisdiccional de su derecho a través del proceso penal; pero no por esta razón es preciso predicar del responsable civil la consideración de *parte procesal subsidiaria* que para el enjuiciamiento criminal surge como categoría procesal inadmisibles. En definitiva, pues, que el responsable civil lo será subsidiario en su obligación de responder en el enjuiciamiento con arreglo a la interpretación que a la norma sustantiva (penal) ofrece o puede ofrecer el T.S. (de modo cada vez más objetivo); pero ya en el enjuiciamiento criminal el responsable civil es una parte acusada más (así de claro), no subsidiaria y eso sí, civil y sólo civil que es precisamente lo que le distingue del imputado por el acto punible, pues delimitado el ámbito de responsabilidad del responsable civil con arreglo a la norma sustantiva (penal) y la jurisprudencia del T.S., luego en el enjuiciamiento criminal su posicionamiento no es subsidiario (procesalmente) del que corresponda al imputado por el acto punible. Las esferas de actuación de ambas partes acusadas en el proceso penal ni se confunden, ni son subsidiarias la una respecto de la otra. *Son eso sí y sin lugar a dudas autónomas respecto a lo esencial como es la tutela que a cada parte acusada corresponde en la defensa de sus propios derechos. En eso tan esencial ni una parte acusada está legitimada para hacerlo por la otra, ni subsidiariamente es posible que así suceda.* Por tanto y en el proceso penal no es posible hablar de un responsable civil subsidiario.

En consecuencia, el responsable civil en la tutela jurisdiccional de su derecho no es *subsidiario*, porque si así fuera habría que distinguir esos hipotéticos supuestos de aquellos otros en los que el responsable civil no se encuentra obligado a responder subsidiariamente como sucede en la hipótesis que por imperativos de la norma sustantiva penal se encuentra obligado a responder (¡ojo! no subsidiariamente) porque ha participado de los efectos lucrativos del acto punible. Y tal distinción de existir (entre un responsable civil obligado a responder subsidiariamente en el proceso penal y otro responsable civil pero no subsidiario en el proceso penal) es inadmisibles en el enjuiciamiento criminal por sistema.

II. — LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SIN CULPA O «IN RE IPSA»

Delimitada de lo expuesto hasta ahora la posición del responsable civil en el enjuiciamiento criminal, habría que examinar a continua-

ción cómo se ha portado la jurisprudencia del T.S. con el responsable civil en el proceso penal. Sin un afán exhaustivo, porque además la uniformidad de la jurisprudencia en el tema que se va a abordar es mayoritariamente básica, es por lo que voy a detenerme en el examen de la jurisprudencia del T.S. en los últimos años de la misma, y sin ánimo de ser excesivamente crítico he de señalar que el responsable civil en el enjuiciamiento criminal (desvinculado de lo *subsidiario* que para nada le sirve en dicho enjuiciamiento) ha sido y sigue siendo el chivo expiatorio en las reclamaciones de responsabilidad civil en el proceso penal. Da la sensación al examinar esa jurisprudencia de que había que inventar a alguien frente al cual se pudiera dirigir la responsabilidad civil con plena certeza de que la misma iba a ser satisfecha. Al expresarme de este modo quiero advertir y poner de relieve que, como más adelante se verá y leerá, el T.S. basa su argumentación en términos como «doctrina progresista e interpretación espiritual, social, flexible y aperturista», «de aplicación de criterios interpretativos de carácter sociológico más propios de la llamada jurisprudencia de intereses que de una hermenéutica puramente conceptual» (14), «defensa de los intereses civiles de la víctima» (15), «moderna concepción de la creación del riesgo» (16), etc., y que mi

(14) Sentencias de 26 de diciembre 1973, RA. 5098 en segundo considerando; 25 de enero 1974, RA. 276 en segundo considerando; 6 de febrero 1974, RA. 505 en primer considerando; 6 de marzo de 1975, RA. 863 en segundo considerando; 23 de febrero 1977, RA. 658 en primer considerando; 6 de octubre 1977, RA. 3671 en segundo considerando; 24 de febrero 1978, RA. 496 en primer considerando; 24 de abril 1978; RA. 1482 en tercer considerando; 1 de julio 1978, RA. 2769 en primer considerando; 26 de septiembre 1978, RA. 2912 en primero y segundo considerando; 31 de enero 1979, RA. 281 en segundo considerando; 2 de marzo 1979, RA. 1028 en primer considerando; 3 de noviembre 1979, RA. 3805 en segundo considerando; 22 de febrero 1980, RA. 500 en tercer considerando; 13 de abril 1981, RA. 1637 en séptimo considerando; 11 de junio 1981, RA. 2645 en primer considerando; 18 de diciembre 1981, RA. 5033 en quinto considerando; 28 de octubre 1982, RA. 5704 en tercer considerando; 29 de noviembre 1982, RA. 7217 en tercer considerando; 28 de junio 1983, RA. 3601 en primer considerando; 31 de octubre 1983, RA. 4819 en primer considerando.

(15) Sentencia de 29 de marzo de 1973, RA. 1447 en séptimo considerando.

(16) Sentencias de 17 de abril 1973, RA. 1766 en primero y segundo considerando; 24 de abril 1973, RA. 1810 en quinto considerando; 13 de noviembre 1974, RA. 4323 en primero y tercero considerando; 21 de abril 1975, RA. 1964 en séptimo considerando; 2 de mayo 1975, RA. 1791 en primero y único considerando; 21 de octubre 1976, RA. 4.003 en cuarto considerando; 4 de diciembre 1976, RA. 5241 en tercer considerando; 23 de febrero 1977, RA. 658 en primer considerando; 1 de julio 1978, RA. 2769 en primer considerando; 15 de noviembre 1978, RA. 3444 en segundo considerando; 4 de junio 1979, RA. 2324 en cuarto considerando; 28 de mayo 1982, RA. 2729 en primer considerando; 30 de junio 1982, RA. 3591 en segundo considerando; 28 de octubre 1982, RA. 5704 en tercer considerando; 2 de noviembre 1982, RA. 6918 en sexto considerando; 29 de no-

actitud no es la de atacar frontalmente tales afirmaciones, sino más bien la de examinar modestamente la posición del responsable civil en el proceso penal y si ese posicionamiento no pelagra precisamente por la contrapartida que supone adoptar criterios progresistas en la materia de responsabilidad civil, pero a costa en este caso de una de las partes en el proceso penal: el responsable civil. Y al expresarme así me apoyo en el art. 24 C. relativo a que todos tienen derecho a la efectiva tutela de sus derechos y esa efectiva tutela consagrada constitucionalmente, pienso que ha de primarse sobre posturas llamadas progresistas que sin culpa o «*in re ipsa*» obligan al responsable civil a responder civilmente de modo subsidiario porque en concreto y como señala la doctrina del T.S. la norma sustantiva penal (en particular el art. 22 C.P.) (17), como norma de naturaleza clara-

viembre 1982, RA. 7217 en segundo considerando; 21 de junio 1983, RA. 3564 en primer considerando; 28 de junio 1983, RA. 3601 en primer considerando; 31 de octubre 1983, RA. 4819 en primer considerando.

(17) A título meramente ilustrativo, y avalando lo que ahora se señala, reclamo del atento lector su atención en dos sentencias para mí inconstitucionales. La primera es la de 23 de diciembre de 1971, RA. 5524, cuyo primer considerando completo dice lo siguiente:

«CONSIDERANDO: Que la responsabilidad civil, que debe su causa a la infracción criminal, alcanza en los supuestos de indotación económica del sujeto activo del delito, a otras personas materiales o jurídicas, ajenas a su realización material o ideal, a título personal y subsidiario, porque así lo determina el art. 22 del C. P., en norma de naturaleza claramente objetiva, que consigna una responsabilidad sin culpa o «*in re ipsa*», que se presume por ministerio de la ley y que no se ampara y justifica a medio de las conocidas presunciones de culpa «*in eligendo*» o de culpa «*in vigilando*», por no admitir prueba en contrario y por no hallarse aquí su real motivación, pues el fundamento jurídico y moral se encuentra, en que dentro de la relación de dependencia existente, entre el responsable civil subsidiario o patrono, y el responsable civil principal o subordinado, debe compensarse la actuación provechosa o beneficiosa que éste efectúe en favor de aquél, con los perjuicios que de su actuación se deriven en sus dañosas consecuencias, según el axioma jurídico «*cuius commoda eius incommoda*», en que se halla la raíz o «*ratio essendi*» de tal precepto y figura jurídico-penal que contiene». El ponente fue el Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral.

Y también, e inaugurando igualmente la década de los setenta, la Sentencia de 3 de marzo de 1972, RA. 966, también ponente el Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en cuyo cuarto considerando se repite la doctrina ya expuesta, esto es:

«CDO.: Que el art. 22 del C.P. establece la responsabilidad civil subsidiaria personal, en los casos de insolvencia del agente del delito, para satisfacer el alcance económico civil, a este impuesto, como derivado de la infracción criminal, y que tiene que decretarse a cargo de personas ajenas ideal o materialmente, a su realización; siendo la «*ratio essendi*» de tal norma, de naturaleza claramente objetiva y determinante de presunción por ministerio de la ley, de una responsabilidad sin culpa o «*in re ipsa*», no la presencia, aun supuesta, de culpa «*in eligendo*» o de culpa «*in vigilando*», sino en la tendencia del delin-

mente objetiva consigna una responsabilidad sin culpa (fíjese bien el lector, sin culpa) o «*in re ipsa*», que se presume por ministerio ley (insisto en que el lector se fije en estos términos) y que no se ampara y justifica a medio de las conocidas presunciones de culpa «*in eligendo*» o de culpa «*in vigilando*» por no (y ahora por último reclamo la atención del lector atento) admitir prueba en contrario. Pues bien, para mí lo que se ha expresado en cursiva atenta a la posición del responsable civil en el proceso penal por ser inconstitucional en un doble ámbito: a) por producirle indefensión (art. 24.1 C.); b) y por no posibilitar al responsable civil la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 C.). Una mínima actividad probatoria no puede discutirse como base constitucional fundamental.

III.— LA JURISPRUDENCIA DEL T.S. QUE CONSAGRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL «SIN CULPA O 'IN RE IPSA'»

El T.S. siguiendo la doctrina de la Sala 2.^a que viene afirmando una y otra vez que la responsabilidad civil subsidiaria que consagra en particular el art. 22 C.P., es objetiva, señala respecto de la misma que es: a) puramente objetiva (Sentencia de 23 de noviembre 1967, RA 5155, ponente Excmo. Sr. D. José Espinosa Herrera); b) manifiestamente objetiva: Sentencia de 24 de mayo de 1969, RA. 2958, ponente Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en cuyo considerando tercero se puede leer «que la responsabilidad civil que tiene su causa en el delito, abarca en supuestos de indotación económica del delincuente, la de otras personas ajenas a su realización material o ideal, a título personal o subsidiario, que se establece con manifiesta objetivización en el art. 22 C.P., al consignar una responsabilidad sin culpa «*in re ipsa*» que se presume por ministerio de la ley...»; c) o de una responsabilidad de cariz realmente objetivo: Sentencia de 23 de febrero de 1971, RA. 712, ponente Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos, en cuyo primer considerando se puede leer que «todo ello en acatamiento del principio *cuius commoda eius damnun*, verdadero fundamento de la responsabilidad civil de que se trate, de cariz realmente objetivo, en cuanto que las presunciones de culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando* al no admitir prueba en contrario haciéndose irrelevantes en el contexto del art. 22 del C.P....»; d) o de una responsabilidad

cuenta, subordinado a su principal, por relación de servicio, de actuar en su beneficio, o en su provecho, o utilidad, porque debe derivarse de esta tendencia un principio de responsabilidad que haga que se sufragen por la persona en cuyo beneficio se actúa, los perjuicios que se causan, con arreglo al axioma jurídico «*cuius commoda eius incommoda*».

de carácter objetivo, y así la Sentencia de 2 de julio de 1971, RA. 3424, ponente Excmo. Sr. D. Fidel de Oro Rulido, en cuyo considerando primero se puede leer «que la responsabilidad civil subsidiaria recaente, según el art. 22 del C.P. sobre la persona individual o la entidad de quien el delincuente depende por razón de los resultados lesivos de intereses ajenos acaecidos en el curso del servicio cometido o encargo llevado a cabo por aquél, por cuenta o en interés de su principal, *dado su carácter objetivo, no confundible con la presunción de culpa propia «in vigilando» o «in eligendo», latente en el art. 1903 del C. Civil...»*; y la Sentencia de 19 de noviembre de 1971, RA. 5142, ponente Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos, que aludiendo a la Sentencia ya referida (RA. 3424) y al art. 22 C.P., señala respecto del mismo que *«incluso prescinde de toda presunción de culpa in eligendo o in vigilando en el empresario, presente en cambio en los artículos 1902 y 1903, reguladores en el C. Civil de la culpa extracontractual...»*; e) o norma de naturaleza claramente objetiva (Sentencias de 23 de diciembre 1971, RA. 5524 y de 3 de marzo de 1972, RA. 966, ya referidas en la nota n.º 17).

Pues bien, esta doctrina de la Sala 2.^a del T.S. que irrumpe con especial virulencia al principio de la década de los setenta, sigue manteniéndose con diversas modulaciones, sin perjuicio de la evidente inconstitucionalidad que comporta (18). En concreto la Sen-

(18) Cfr. Sentencia de 17 de abril 1973, RA. 1766, ponente Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios, en su primer considerando se puede leer que: «la doctrina de esta Sala viene afirmando una y otra vez, que la responsabilidad a que este precepto se refiere es puramente objetiva —S. de 23 noviembre de 1967 (R. 5155)—, manifestamente objetiva —S. de 24 mayo 1969 (R. 2958)—, cariz realmente objetivo —S. de 23 febrero 1971 (R. 712)—, carácter objetivo de la responsabilidad —SS. de 2 julio y 10 noviembre 1971 (R. 3424 y 5524)—, norma de naturaleza claramente objetiva —SS. de 23 diciembre 1971 (R. 5524) y 3 marzo 1972 (R. 966)—. Y a la hora de concretar este carácter objetivo, advierte que tal es su naturaleza, puesto que al patrono o empresa no se le admite prueba alguna tendente a demostrar su diligencia o cuidado, de modo que probaba la insolvencia del dependiente imputado criminalmente y que actuó en el desempeño de sus obligaciones o servicios, podrá ya declararse la responsabilidad de su principal. Dicho cariz, objetivo de la responsabilidad estudiada, ha permitido a esta Sala la afirmación de una línea evolutiva de interpretación flexible y aperturista, en los casos de extralimitación laborales, por parte del empleado, ya sea a la luz del viejo principio de quien obtiene los beneficios del servicio debe asumir los daños, ya sea con base en la moderna concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a la empresa la asunción de daños que para un tercero supone su actividad de modo que siempre que el hecho punible se hubiere realizado por el reo, en servicio de su principal o con ocasión próxima del mismo servicio, haciendo uso de medios o instrumentos puestos a su disposición o alcance, por más que esta utilización fuese irregular o indebida, habrá lugar a la responsabilidad subsidiaria, de la empresa beneficiada directa o indirectamente de aquella actividad; por ser conforme a los más elementales dictados de jus-

tencia de 17 de abril de 1973, RA. 1766, en nota n.º 18 dice textual-

tencia, que no sean los extraños, víctimas del delito, sino aquel dueño o principal generador del riesgo y titular de la actividad el llamado a pechar en definitiva y para el tan corriente caso de insolvencia del infractor, con las adversas consecuencias económicas —S. de 10 febrero 1972 (R. 846)—. Más adelante se ha perfilado la doctrina en S. de 26 junio 1972 (R. 3439), que la responsabilidad que nos ocupa es cada vez menos subjetiva y que el crecimiento de los riesgos en ventaja y beneficio del dueño del instrumento que los crea es equitativo que sufra las consecuencias económicas del daño o mal que se produzca. Por tanto, puede admitirse para ciertos casos, y dentro de límites racionalmente ponderados, una reparación más amplia, en el orden patrimonial. Los criterios progresistas y sociales, favorecen un prudente objetivismo, asentado en la idea de riesgo o ensanchando el área aplicativa de aquel precepto. La sentencia de 26 de diciembre 1973, RA. 5098, ponente Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios, en cuyo considerando segundo se puede leer que «en la expresión del Código, desempeño de sus obligaciones o servicios, se viene interpretando por la doctrina de esta Sala en sentido amplio, con matiz claramente objetivo...»; la Sentencia de 25 enero 1974, RA. 276, ponente Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en su considerando segundo completo se puede leer lo siguiente: «CDO.: Que la responsabilidad civil subsidiaria personal que determina el artículo 22 del C.P., en los supuestos de que el delincuente resulte insolvente, para abonar el alcance económico civil decretado en contra suya por su delito, tiene la razón de ser, no en la culpa efectiva, ni en la generada por defecto de vigilancia debida, sino en el jurídico axioma «*cuius commoda eius incommoda*», por deberse poner de cargo de aquel en cuyo beneficio se actúa por contrapartida los perjuicios que se causen, manifestando tal norma una naturaleza objetiva, al determinar la responsabilidad «*in re ipsa*», al que esta Sala viene concediendo un progresivo sentido social de apertura y extensión, por ser el artículo 22 de carácter civil, y permisivo de una interpretación amplia, no frenada por el principio penal «*pro reo*», al que no afecta». La Sentencia de 6 febrero 1974, RA. 505, ponente Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en cuyo considerando primero se puede leer: «CONSIDERANDO: Que la responsabilidad civil subsidiaria determinada por el art. 22 del C.P., para cuando el responsable del delito sea insolvente, y no pueda satisfacer a los perjudicados las indemnizaciones de perjuicios derivados de aquél, es un supuesto de responsabilidad objetiva «*in re ipsa*», que encuentra su justificación filosófica y jurídica en el anejo principio de derecho, «*cuius commoda eius incommoda*», porque allí donde se busca o encuentra el beneficio para otro, está su perjuicio, al margen de toda culpa basada en presunciones «*in eligendo*» o «*in vigilando*», y cuya norma debe interpretarse, con criterio en cierto modo extensivo, social y progresivo, aunque respetando su literalidad, teniendo su núcleo determinado, por la inexorable exigencia legal de que el agente criminal, se halle en situación de dependencia respecto al presunto responsable civil subsidiario, porque al actuar en la dinámica delictiva, se encuentra subordinado, en cierto modo, de la voluntad del empresario, sin actuar libre y arbitrariamente, sino sometido, al menos potencialmente, a la superior dirección y posible intención del último aunque cumpla con mayor o menor autonomía sus mandatos; relación que puede ser laboral o jurídica, de hecho o de derecho, onerosa o lucrativa, accidental o permanente, y debida a acuerdo, o a conformidad o aquiescencia, produciéndose el daño en el desempeño de las obligaciones o servicios propios del dependiente, sin extralimitaciones y desobediencias ostensibles». La Sentencia de 13 noviembre 1974, RA. 4323, ponente Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en cuyo primer considerando se puede leer: «CONSIDERE-

mente que «al patrono o empresa no se le admite prueba alguna

RANDO: que la responsabilidad civil subsidiaria que regula el art. 22 del C.P., como un supuesto de responsabilidad objetiva o «in re ipsa», y que obtiene su razón de ser, jurídica y filosóficamente, en el principio de Derecho natural «cuius commoda eius damnus», más que en valoraciones atinentes a la culpabilidad efectiva o de vigilancia, viene siendo objeto, por la doctrina de esta Sala, de una progresiva interpretación, que sin ser extensiva, evita quedar apegada a la mera y estéril literalidad normativa, condicionando su permisiva fórmula a la acogida de las necesidades sociales, tan variadas en su gama, y otorga respuesta satisfactoria a los problemas humanos, que exigen la decisión acomodada a los tiempos actuales y a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, determine que toda desgracia o evento proveniente del trabajo empresarial, requiera inexcusablemente ser atendido a medio de la vinculación económica de segundo grado, y ante la insolvencia del agente del delito». La Sentencia de 6 marzo 1975, RA. 863, ponente Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios, en su segundo considerando señala: «CDO.: Que en la interpretación del art. 22 del C.P., viene distinguiendo y sentando esta Sala: 1.º Como fundamento del precepto, una presunción legal de una responsabilidad sin culpas, con la tendencia del delincuente, subordinado a un principal a actuar en su beneficio, provecho o utilidad, tendencia de la cual se deriva un principio de responsabilidad para que se sufraguen por la persona en cuyo beneficio se actúa y en cuya actividad se cometió el delito, las consecuencias civiles del mismo, conforme al principio «cuius commoda eius incommoda» —SS. de 8 de marzo y 26 abril de 1972 (R. 966 y 1.935)—. 2.º Como requisitos para que entre en juego la responsabilidad civil subsidiaria que consagra: a) La comisión de un delito o falta de los que traen acarreada responsabilidad civil. b) Insolvencia económica o carencia de medios patrimoniales suficientes por parte del autor del hecho punible, para hacer frente a aquella responsabilidad civil. c) Que el sujeto del delito sea criado, discípulo, oficial, empleado, aprendiz o dependiente de otro. d) Que este otro sea amo, maestro, entidad, organismo o empresa dedicada a cualquier género de industria, comercio o actividades de tipo lucrativo, explotación o beneficio. e) Que el delito o falta sea cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones o servicios —S. de 26 diciembre 1973 (R. 5098)—. 3.º Que la expresión del Código, desempeño de obligaciones o servicios, se viene interpretando por esta Sala en sentido amplio, con matiz claramente objetivo, como se ha expresado en las últimas sentencias, en sentido espiritual, social y extensivo, incluyendo por tanto aquellas actuaciones que redunden en beneficio de su principal, provecho o utilidad, siempre que el dependiente actúe sometido, directamente a su principal y aún potencial o lejanamente, a la posible intervención y utilidad del dueño aunque en el desempeño de tal obligación o servicio cometa ligeras extralimitaciones. 4.º Han de excluirse por tanto —de la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria— las extralimitaciones notorias, al margen de la misión, encargo, obligaciones o servicios, que tengan sólo como razón de ser el favorecimiento de ajenas empresas o el provecho exclusivo del delincuente, sin beneficio alguno, ni aún potencial del dominus, que rompen el área, suficientemente amplia del desempeño de las obligaciones, antes indicado. 5.º Todo lo anterior excluye, el fundamento arrumbado por tal doctrina, de la culpa basada en presunciones in eligendo o in vigilando, puesto que no es el acierto en la elección de la persona lo que juega como entraña de la responsabilidad civil subsidiaria sino la utilidad potencial a favor del dominus de la actividad del sujeto, que luego cometió el delito —SS. de 4 mayo 1970 (R. 2085), 28 abril y 7 diciembre 1972 (R. 1935 y 5201), 17 abril y 26 diciembre 1973 (R. 1766 y 5098), y 6 febrero 1974

tendente a demostrar su diligencia o cuidado, de modo que probada

(R. 505), entre otras—». La Sentencia de 21 abril 1975, RA. 1694, ponente Excmo. Sr. D. Benjamín Gil Saez, en cuyo considerando sexto se puede leer: «que la responsabilidad civil subsidiaria que regula el art. 22 del C.P., como un supuesto de responsabilidad «in re ipsa», que tiene su razón de ser, filosófica y jurídicamente, en el principio de Derecho natural de que quien obtiene beneficios del servicio debe soportar también sus daños, más que en valoraciones relacionadas con la culpabilidad electiva y de vigilancia, viene siendo objeto por esta Sala de una progresiva interpretación...». Y en el considerando séptimo se puede leer «sin que por otra parte, este criterio, más flexible, social y avanzado sobre indemnización económica mantenido a través de la responsabilidad civil establecida en el C.P., suponga interpretación ampliatoria contraria al principio «pro reo», vedada en la órbita criminal, ni entrañe tampoco presunción de obligación legal prescrita en el art. 1090 del C. Civ. —SS. de 26 junio y 7 diciembre 1972 (R. 3439 y 5291), 16 octubre 1973 (R. 3846), 28 enero y 13 noviembre 1974 (R. 286 y 4323), entre otras—». La Sentencia de 2 mayo 1975, RA. 1791, ponente Excmo. Sr. D. Bernardo Francisco Castro Pérez, al recoger en su único considerando la doctrina que se condensa en el principio «cuius commoda eius incommoda», acogido en resoluciones de la Sala de 7 de octubre 1953, 26 de mayo 1958 (RA. 1896), 17 de abril 1963 (RA. 2181) y 28 de septiembre 1964 (RA. 4009); la sentencia de 23 de junio 1975, RA. 2925, ponente Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal, en cuyo considerando segundo puede leerse «...es decir, que esta responsabilidad subsidiaria respecto a la que contraen los responsables criminalmente y que únicamente habrá lugar a ella cuando el causal de estos últimos sea insuficiente para atender a la reparación del daño o a la indemnización de los perjuicios causados por el delito...»; y más explícita la sentencia de 4 de octubre 1975, RA. 3565, ponente Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en cuyo considerando tercero se puede leer «que la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 22 C.P. para cuando el agente autor del delito sea insolvente, y no pueda abonar las indemnizaciones de perjuicios derivadas del mismo, es un supuesto de responsabilidad objetiva «in re ipsa», que se justifica tanto filosófica, como jurídicamente, por el añejo principio «cuius commoda eius incommoda» porque allí donde se busca o halla el beneficio para otra persona por cuenta de quien se actúa, está también el perjuicio como correlativa obligación, en el ámbito civil, dando vida a una institución de condición social y progresiva, que requiere criterios laxos de adecuada interpretación». En igual sentido la sentencia de 21 de octubre 1976, RA. 4003, ponente Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral, en su considerando cuarto en el que se lee «que la responsabilidad civil subsidiaria defectiva o de segundo grado, que actúa por indotación económica del agente del delito se determina en el art. 22 C.P. como una responsabilidad objetiva o «in re ipsa» que se funda jurídica y filosóficamente en el principio de derecho natural «cuius incommoda eius demnus» más que en valoraciones atinentes a la culpabilidad electiva o de vigilancia...». La Sentencia de 23 de febrero 1977, RA. 658, ponente Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios, en cuyo primer considerando se puede leer «CONSIDERANDO: Que el art. 22 del C.P., que consagra la responsabilidad civil subsidiaria de amos, maestros, personas, entidades y organismos o empresas, dedicadas a cualquier género de industrias, por los delitos o faltas cometidos por sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios, viene siendo interpuesto por la doctrina última de esta Sala de forma constante, hasta el punto de constituir ya cuerpo de dicha doctrina, con un acentuado sentido objetivo, espiritual de prudente objetivismo pero que cierta-

la insolvencia del dependiente... podrá ya declararse la responsabi-

mente marca una línea aperturista respecto de las expresiones literales del texto legal. Y con base del principio clásico cuius commoda, eius incommoda, y de la moderna doctrina de la creación del riesgo, se incluyen en la expresión «en el desempeño de sus obligaciones y servicios» ciertas extralimitaciones laborales, bien sean en servicio de su principal, con ocasión próxima del mismo, con medios o instrumentos puestos a disposición del autor del hecho punitivo aunque esta disposición fuera, ligeramente irregular o indebida, por ser de elemental justicia que las adversas consecuencias económicas del delito, no carguen sobre las víctimas, sino sobre el amo, dueño o empresario, cuando deriven de las torpezas o demasías del empleado, que actúa sometido directa, potencial o lejanamente a la intervención del dueño y aunque aquella actuación sea accidental y gratuita —SS. de 10 febrero, 26 junio y 7 diciembre 1972 (R. 846, 3430 y 5201), 17 abril 1973 (R. 1766), 6 febrero y 13 noviembre 1974 (R. 505 y 4323), 21 abril y 4 octubre 1975 (R. 1694 y 3565) entre otras muchas—. En la Sentencia de 6 de octubre 1977, RA. 3671, ponente el Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal y respecto a la referida responsabilidad subsidiaria se puede leer en el segundo considerando que «...obedeciendo también el art. 22 a los principios «ubi est emolumentum ibi onus esse debet» y «cuius commoda eius incommoda», conforme a los cuales quien se aprovecha económicamente del esfuerzo ajeno, obteniendo una utilidad, debe soportar la carga de las consecuencias gravosas o lesivas de su conducta, estando pues tanto a lo provechoso como a lo oneroso de esos cometidos, tareas o encargos realizados por su cuenta y orden...». Exactamente en iguales términos la Sentencia de 23 de febrero de 1978, RA. 489, ponente Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal, en sexto considerando. La Sentencia de 24 de febrero de 1978, RA. 496, ponente Excmo. Sr. D. Benjamín Gil Saez, señala en su primer considerando del siguiente tenor: «siendo en estos supuestos indispensable *aquilatar* la posible culpa «in eligendo» o «in vigilando» al ser el principal o propietario respectivo al que corresponde elegir y vigilar al dependiente o cesionario que dirige y gobierna aquellos medios progresistas». Más importante es la sentencia de 24 de abril de 1978, RA. 1482, ponente Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos, quien señala en el tercer considerando, a propósito del art. 22 C.P. «que incluso *prescinde de toda presunción de culpa «in eligendo» o «in vigilando» en el patrono o empresario, presunción presente en cambio en los artículos 1902 y 1903 del C. Civ. reguladores de la culpa extracontractual...». La sentencia de 26 de septiembre de 1978, RA. 2912, ponente Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios, que finiquita el segundo considerando señalando: «razones que determinan a la Sala a insistir en su tesis *objetiva y espiritualista* y determinan rechazar el único motivo del recurso». Más interesante si cabe ya es la sentencia de 15 de noviembre de 1978, RA. 3444, ponente Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos, que aludiendo al art. 22 C.P. señala que en el mismo «se habla de una responsabilidad subsidiaria defectiva o de segundo grado, puesto que sólo se exige para el caso de que el dependiente no pueda hacerla efectiva por su insolvencia y se concibe como *responsabilidad de carácter objetivo, puesto que al patrono o empresa no se le admite prueba alguna tendente a demostrar su diligencia o cuidado* —SS. de 13 de mayo 1967 (R. 2273), 19 de noviembre 1971 (R. 5142) de esta Sala, entre otras muchas—. Sigue siendo también muy interesante la sentencia de 31 de enero 1979, RA. 281, ponente Excmo. Sr. D. Jesús Saez Jiménez, quien señaló lo siguiente: «la hábil pero capciosa e ineficaz argumentación del recurrente es inaceptable y rechaza la prosperidad de este motivo por las siguientes razones: 1.ª Por la terminante afirmación referente a que el acusado conducía por cuenta, a la orden y bajo la dependencia del recurrente y realizó los*

lidad de su principal...» (19). Ese automatismo fatídico, quizás para

hechos que se le imputan a su orden y servicio y con ocasión de realizarlos, tratándose de una responsabilidad objetiva, habiéndose declarado en la sentencia de 10 febrero 1972 (R. 846) que a la hora de concretar este carácter objetivo, advierte que tal es su naturaleza, puesto que al patrono o empresa, *no se le permite prueba alguna tendente a demostrar su diligencia o cuidado, de modo que probada la insolvencia del dependiente imputado criminalmente y que actuó en el desempeño de sus obligaciones o servicios, podrá ya declararse la responsabilidad de su principal*. Dicho cariz objetivo de la responsabilidad estudiada, ha permitido a esta Sala, la afirmación de una línea evolutiva de interpretación flexible y aperturista en los casos de extralimitaciones laborales, por parte del empleado, ya sea a la luz del viejo principio de que quien obtiene los beneficios del servicio, debe asumir los daños, ya sean con base en la moderna concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a la empresa, la asunción de daños que para terceros supone su actividad, de modo que siempre que el hecho punible se hubiere realizado por el reo, en servicio de su principal o con ocasión próxima del mismo servicio, haciendo uso de medios o instrumentos puestos a disposición o alcance, por más que esta utilización fuese irregular o indebida, habrá lugar a la responsabilidad subsidiaria, de la empresa beneficiada directa o indirectamente de aquella actividad; por ser conforme a los más elementales dictados de justicia, que no sean los extraños, víctima del delito, sino aquel dueño o principal generador del riesgo y titular de la actividad el llamado a pechar en definitiva y para el tan corriente caso de insolvencia del infractor, con las adversas consecuencias económicas. 2.ª Que, a su vez, la sentencia de 4 de octubre 1975 (R. 3565) declaró que la responsabilidad civil subsidiaria determina en este artículo, para cuando el responsable del delito sea insolvente, y no pueda satisfacer a los perjudicados las indemnizaciones de perjuicios derivados de aquél, es un supuesto de responsabilidad objetiva «in re ipsa» que encuentra su justificación filosófica y jurídica en el añejo principio de derecho «cuius commoda eius incommoda», porque allí donde se busca o encuentra el beneficio para otro, está su perjuicio, *al margen de toda culpa basada en presunciones «in eligendo» o «in vigilando»* y cuya norma debe interpretarse, con criterio en cierto modo *extensivo, social y progresivo*, aunque respetando su literalidad, teniendo su núcleo determinado, por la inexorable exigencia legal de que el agente criminal, se halle en situación de dependencia respecto del presunto responsable civil subsidiario, porque al actuar en la dinámica delictiva, se encuentra subordinado, en cierto modo, a la voluntad del empresario sin actuar libre y arbitrariamente, sino sometido, al menos potencialmente, a la superior dirección y posible intención del último, aunque cumpla con mayor o menor autonomía sus mandatos; relación que puede ser laboral o jurídica, de hecho o de derecho, onerosa o lucrativa, accidental o permanente y debida a acuerdo o a conformidad o aquiescencia, produciéndose el daño en el desempeño de las obligaciones o servicios propios del dependiente, sin extralimitaciones y desobediencia ostensibles...». La sentencia de 4 de junio de 1979, RA. 2324, ponente Excmo. Sr. D. Benjamín Gil Saez, que señala en el primer considerando «que la responsabilidad civil subsidiaria que regula el art. 22 C.P. como un supuesto de responsabilidad «in re ipsa» que tiene su razón de ser filosófica y jurídica en el principio de Derecho natural de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también sus daños, *más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia...». Igualmente interesante es la sentencia de 13 de abril de 1981, RA. 1637, ponente Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal, que en el*

la empresa, no es admisible y ello ¿por qué?, porque con independencia de que proclame la inconstitucionalidad de tales afirmaciones se arranca de considerar al responsable civil en el proceso penal (en el caso de autos, la empresa) como una parte *defectiva, vicariante o de segundo grado?* (*subsidiario*) *al que se le niega la prueba.* Y no es así. Hay que tenerlo bien claro, pues en su respectivo enjuiciamiento el responsable civil es una parte procesal, pero, claro está, civil, sin que su *status* de parte procesal sufra o pueda sufrir merma alguna por teorías de creación del riesgo —sin duda progresistas—. Se impone en el enjuiciamiento criminal, pues la observancia estricta de la norma constitucional y la misma con independencia de «creaciones progresistas» ampara la efectiva tutela de los derechos (artículo 24 C.) y esa efectiva tutela de los derechos —fijese bien el lector— *no se ampara cuando el responsable civil no puede probar a su*

séptimo considerando señala «Que frente a las hipótesis de responsabilidad civil principal o por hecho propio consagradas en los arts. 19 del C.P. y 1902 del C.Civ., se encuentran las de responsabilidad civil subsidiaria por hecho ajeno plasmadas en los arts. 22 del C.P. y 1903 del C.Civ., separando, sin embargo, a estas últimas, una singularidad que consiste en que, en los supuestos contemplados en el art. 1903, y puesto que la responsabilidad cesa si los padres, tutores, dueños o directores de establecimientos o empresas, maestros o el Estado, demuestran que emplearon la diligencia del buen padre de familia para prevenir el daño, *dicha responsabilidad subsidiaria y extracontractual se construye y edifica sobre bases subjetivas, mientras que, en el art. 22 del C.P., excluida dicha prueba o demostración la responsabilidad subsidiaria reposa sobre presupuestos meramente objetivos, configurándose como una responsabilidad «in re ipsa», cuyo fundamento se encuentre de modo remoto, en la culpa «in vigilando» o «in eligendo», pero, de modo próximo en la «mala electio» y sobre todo en los principios «ubi emolumentum ibi onus esse debet», «cuius commoda eius damna» y «qui sentit commodum, incommodum debet sentire», conforme a los cuales quien se beneficia de las actividades de otro que pueden generar perjuicios para tercero, está obligado a asumir la carga económica derivada de las acciones nocivas perpetradas por el responsable principal en tanto en cuanto no puedan ser resarcidas con el peculio de éste». La sentencia de 30 de noviembre de 1981, RA. 4460, ponente Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons, en su considerando primero y respecto al art. 22 C.P. señala la adecuación de «sus prescripciones a las múltiples y cambiantes situaciones y buscando en definitiva, una justificación meramente objetiva...». En contra, en cambio, la sentencia de 21 de diciembre de 1981, RA 5100, ponente Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal, con ciertas matizaciones en el segundo considerando al señalar que «el art. 22 del C.P., pese a su expansión jurisprudencial, *no construye una responsabilidad civil subsidiaria «ex re» o «in re ipsa», por lo que, de concurrir alguna de las hipótesis antes expuestas, se podrá imponer dicha subsidiaria responsabilidad y, en otras, rotundamente no; sin que sirva de excusa o paliativo a la noma descriptiva de tan trascendental punto y de que ha hecho gala el Tribunal inferior, «la nebulosa» a que se refiere dicho organismo, el cual, además de gozar del poder de decisión que es atributo de la jurisdicción, tiene la obligación insoslayable de pronunciarse categóricamente, y por muy intrincados que sean, sobre cuantos extremos fácticos sea preciso desvelar y se ajusten a la temática del debate, disponiendo también del sobe-**

favor determinada actividad; en definitiva cuando se le niega la prueba en el proceso penal con la secuela de indefensión que ello conlleva, aparte de que el «todos» tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa es servilmente burlado por una atribución fatidicamente inmediata de la responsabilidad civil. En suma no se trata de cuestionar o no que el responsable civil peche y responda en ese ámbito. No es eso. Me parece bien que el responsable civil se vea obligado a responder, pero eso siempre respetando las garantías constitucionales de las partes en el enjuiciamiento criminal. En mi condición de procesalista, si esa realidad no se tiene en cuenta siempre existirá la víctima de la incomprensión procesal: el responsable civil por muy progresistas y profundas que sean las teorías que se elaboren.

rano y amplio, y en conciencia, criterio apreciativo de las pruebas practicadas que le atribuye el art. 741 de la L.E.Cr., teniendo *asimismo y finalmente la posibilidad de la que no debe hacer uso «in extremis», de declarar improbadamente la indole concreta de las relaciones en virtud de las cuales el acusado trabajaba, el día de autos, en la finca de su padre.* Esa posibilidad «in extremis» de no declaración de prueba sigue —pese a la negativa de la sentencia de no afiliarse en la responsabilidad civil «in re ipsa»— siendo inconstitucional. En 1982 se sigue manteniendo la doctrina de la Sala 2.^a a favor de una *responsabilidad objetiva en la obligación de responder subsidiariamente.* Así la sentencia de 2 de noviembre de 1982, RA. 6918, ponente Excmo. Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara, cuando en el considerando sexto señala lo siguiente: «que, como se dice en la sentencia de esta Sala de 28 de mayo último (R. 1982, 2729), la doctrina jurisprudencial viene manteniendo progresivamente un criterio de interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria, a través de la cual se pone de relieve cierto abandono de los principios o fundamentos de la culpa in vigilando o in eligendo para dar paso a determinados efectos de la responsabilidad objetiva patrocinada por las concepciones de la creación del riesgo y de la que quien obtiene los beneficios de la actividad ejecutada debe de asumir los daños y perjuicios...»; señalando la sentencia de 8 de noviembre de 1982, RA. 7087, ponente Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios, en el primer considerando que «sólo la prohibición expresa del principal y la desobediencia cierta ya abierta del dependiente exoneran al principal de dicha responsabilidad. Por último, examinando la doctrina de la Sala 2.^a en el año pasado la adscripción a la fijación de una responsabilidad objetiva de los ponentes continúa sin duda. Así la sentencia de 28 de junio de 1983, RA 3601, ponente Excmo. Sr. D. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda, en el primer considerando al señalar que «la doctrina de esta Sala —SS. de 28 mayo, 28 octubre y 29 noviembre 1982 (R. 2729, 5704 y 7217), entre otras—, mantiene progresivamente un criterio de interpretación extensiva, a través de la que se pone de manifiesto cierto abandono de los principios o fundamentos de la culpa «in vigilando» o «in eligendo», para dar paso a determinados efectos de la responsabilidad objetiva patrocinada por las concepciones de la creación del riesgo y de aquella otra que patrocina que quien obtiene los beneficios de determinadas actividades debe de asumir los daños y perjuicios de la misma...».

(19) Que todavía en 1979, y posteriormente en 1981, se sustentaba igual doctrina. Vea el atento lector la nota n.º 18 y las sentencias de 31 de enero de 1979, RA. 281, y 13 de abril de 1981, RA. 1637, allí recogidas.

**LA INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS
COMO CAUSA DE SUSPENSION DE LA VISTA
EN EL PROCESO PENAL**

SILVIA BARONA VILAR
Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Requisitos de la prueba testifical: pertinencia y necesidad. — III. La suspensión en la ley de Enjuiciamiento Criminal: A) Procedimiento ordinario; B) Procedimientos de urgencia. — IV. Posibilidad de impugnar la facultad de suspensión. — V. Incomparecencia de testigos.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo va a centrarse en el análisis de la incomparecencia de testigos, causa de suspensión de la vista, según lo dispuesto en el art. 746-3.º de la LECRIM. No obstante queremos, antes de adentrarnos en el estudio de la misma, hacer una breve referencia a las posibles situaciones a que puede dar lugar la incomparecencia de testigos en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal.

En el estudio de la incomparecencia de testigos, es importante distinguir, teniendo en cuenta el criterio temporal de manifestación de la misma, según se tenga conocimiento de la incomparecencia antes de iniciarse la vista oral o una vez iniciada, las causas a las que puede responder:

A) En el supuesto de que la incomparecencia de testigos sea conocida o prevista *antes de abrirse el período de sesiones del juicio oral*, los motivos que la pueden producir son los siguientes:

- a. Imposibilidad de comparecer pero no de declarar: En este caso se procederá según establecen los arts. 718 y 719 de la LECRIM., practicándose la prueba testifical, delegando a un miembro del Tribunal o mediante el auxilio judicial, según el testigo imposibilitado residiera en el lugar del juicio o en otro distinto.
 - b. Imposibilidad absoluta de comparecer y declarar: Ello puede deberse a los siguientes motivos: primero, porque haya fallecido el testigo; segundo, por enfermedad física o mental que, como señala ORTELLS RAMOS (1), anule las facultades humanas necesarias para la realización del interrogatorio cuando aquélla sea incurable; y tercero, por desconocimiento del paradero del testigo, en cuyo caso es preciso que hayan sido ordenadas y practicadas las investigaciones convenientes para descubrir su paradero sin lograr este objetivo, intentándose posteriormente con edictos (arts. 178 y 482).
- B) La incomparecencia de testigos una vez *iniciada la vista oral* puede, por su parte, obedecer a dos órdenes de razones:
- a. Que la incomparecencia se deba a *causa desconocida*: En este caso, el tribunal, según considere o no necesaria la práctica efectiva de la prueba ya admitida, suspenderá la vista o mandará la continuación de la misma.
 - b. Que la incomparecencia se deba a *causa conocida*: En este supuesto pueden plantearse dos posibles situaciones: primera, que dicha causa imposibilite al testigo a comparecer pero no a declarar, procediéndose en este caso supuesto según los artículos 718 y 719 antes citados. Segunda, que dicha causa imposibilite al testigo a comparecer y a declarar, pudiendo en este caso el órgano jurisdiccional proceder: o bien a la aplicación del art. 730 de la LECRIM., en el supuesto de imposibilidad absoluta de practicar la prueba testifical; o bien a la suspensión de la vista según el art. 746-3.º, cuando la Sala considere que la declaración del testigo o testigos incomparecidos es necesaria, hasta que comparezcan los testigos ausentes.

(1) ORTELLS RAMOS, M., *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECRIM*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, abril-septiembre, núms. II-III, 1982, p. 396.

Hechas estas breves aclaraciones, pasamos al análisis de la incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista oral, regulada en el artículo 746-3.º de la LECRIM.

II. REQUISITOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL: PERTINENCIA Y NECESIDAD

Nuestro T.S. se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el tema de la prueba testifical. En esta abundante jurisprudencia nos basamos para distinguir los dos requisitos que gobiernan aquélla:

A) *Pertinencia*, requisito que concierne a su admisión, está supe-
ditada sobre todo al «*thema decidendi*» del proceso de que se trata, y regulada en los arts. 659 —para el procedimiento ordinario— y 799 —para los procedimientos de urgencia—.

Este requisito de la pertinencia se desdobra en dos aspectos: a) objetivo, esto es, que las pruebas propuestas se relacionen con el objeto del proceso o «*thema decidendi*», esto es, con la existencia o no de los hechos, participación de los intervinientes en los mismos, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (2) y responsabilidad civil; b) funcional, que consiste en la necesidad de que las pruebas propuestas sean relevantes o influyentes para el resultado del juicio; de este modo, el resto de las que pueden proponerse por las partes sólo servirá para dilatar innecesariamente el procedimiento, de modo que la repulsa de las mismas no pueda decirse que produzca indefensión (3) de la parte, que les ofreció la última ratio del quebrantamiento de forma (4).

No tienen, por tanto, la condición indicada las inocuas, las reiterativas, las supérfluas, las relativas a hechos triviales sin trascendencia para el fondo del asunto, y las carentes de relevancia a los fines de declarar los extremos antes señalados en la comisión de los hechos delictivos (5).

(2) En este sentido, la S. de 11 de octubre de 1979 (R. 3575) que admitió el recurso de casación por quebrantamiento de forma al entender que la Sala cometió error al denegar la prueba, ya que con su práctica se perseguía el acreditar la existencia de una causa de inimputabilidad o de atenuación cualificada de la responsabilidad criminal del reo que, de ser cierta, hubiera determinado una sentencia sustancialmente distinta de la proferida.

(3) Es de destacar la S. de 10 de febrero de 1978 (R. 421) que admitió el recurso de casación por quebrantamiento de forma al entender que el tribunal al no acordar la suspensión, por declarar inoperantes las pruebas propuestas y admitidas, infringió el artículo 725 de la LECRIM, dejó indefensa a la parte, y estas razones aconsejan estimar el recurso...

(4) S. de 14 de junio de 1977 (R. 2747).

(5) S. de 10 de febrero de 1975 (R. 386); S. de 29 de noviembre de 1975 (R. 4621); S. de 27 de septiembre de 1978 (R. 2915); S. de 28 de septiembre de

B) *Necesidad* de la práctica efectiva de la prueba admitida, segundo requisito que gobierna a la prueba testifical; necesidad que se condiciona al desenvolvimiento total de la fase probatoria del proceso, y al resultado obtenido de las demás pruebas efectuadas, conforme a lo establecido en el art. 746-3.º de la LECRIM. para el procedimiento ordinario, y el art. 801 para los procedimientos de urgencia.

Si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario quiere decir tanto como indispensable y forzoso. No existe, de este modo, contradicción en que el tribunal admita determinada prueba testifical por juzgarla oportuna y luego, ante los obstáculos que se ofrecen para su práctica, prescinda de ella como innecesaria, y lleve adelante el juicio oral sin acordar la suspensión solicitada por la parte que propusiera aquella prueba y que le fuera admitida.

Por todo lo cual concluimos que, dentro de los principios que gobiernan la prueba testifical en el plenario, hay que distinguir el que se sienta en el art. 659 de la LECRIM. en orden a la procedencia, a la admisión; y, a su vez, el que se sigue en el número 3 del art. 746 en orden a la práctica de dicha prueba. Mientras que en el primero se consagra el principio de la pertinencia, a cuya concurrencia se subordina la procedencia o improcedencia de la admisión, en el segundo se sienta el principio de la necesidad.

De este modo, para que una prueba deba ser admitida basta con que sea pertinente, entendiéndose por tal la que guarde relación con los hechos procesales o temas objeto de debate. Para que su práctica se estime necesaria es menester que de la omisión de la misma, pueda derivarse indefensión para la parte que la hubiere propuesto (6).

Podría suceder, sin embargo, como ya señalamos anteriormente, que la prueba testifical fuere considerada como «no necesaria» y fuera rechazada la petición de suspensión de la vista, resultando su práctica imposible. Si dicha prueba se considera al menos como pertinente, se admite la posibilidad de aplicar el art. 730 de la LECRIM., en cuyo caso se procederá a la lectura de la declaración testifical realizada en el sumario.

III. LA SUSPENSIÓN DE LA VISTA EN LA LECRIM.

El análisis de la suspensión del juicio oral nos lleva a distinguir entre la del procedimiento ordinario por delito, regulada por el artículo 746-3.º de la LECRIM., y la de los procedimientos de urgencia, regulada por el art. 801 de la misma.

1978 (R. 2946); S. de 8 de mayo de 1980 (R. 1829); S. de 13 de abril de 1981 (R. 1635).

(6) S. de 27 de septiembre de 1979 (R. 3163).

A) *Procedimiento ordinario.*

Nuestro trabajo se va a centrar en primer lugar, en el análisis de la suspensión de la vista en el procedimiento ordinario.

Tras el estudio de la extensa jurisprudencia que sobre dicha materia —suspensión de la vista en el procedimiento ordinario por delito— se ha planteado, podemos señalar como necesarios, para que se dé tal suspensión, los siguientes requisitos:

1.— El testimonio del testigo debió ser declarado pertinente.

La pertinencia, como ya dijimos con anterioridad, está regulada en el art. 659 de la LECRIM. para el procedimiento ordinario por delito; y viene referida al tema de la admisión de la prueba testifical.

El primero de los presupuestos necesarios para que pueda llegar a suspenderse la vista es, por tanto, el de que tal prueba testifical hubiera sido declarada pertinente. Así, para que una prueba deba ser admitida, basta con que sea pertinente, entendiéndose por tal, según señala la S. de 27 de septiembre de 1979 (R. 3163), la que guarde relación con los hechos procesales o temas objeto de debate.

La facultad de declarar la pertinencia o impertinencia de las pruebas propuestas por las partes, señala la S. de 13 de diciembre de 1976 (R. 5337), incumbe al tribunal «a quo», el cual procederá con soberano, aunque prudente criterio, examinando cada una de las deferidas, y razonando y fundamentando su decisión cuando ésta sea denegatoria. No obstante dicha resolución denegatoria puede quedar sometida, como veremos posteriormente, a la censura de la casación (7).

Dichas pruebas, sigue señalando la S. de 13 de diciembre de 1976, antes apuntada, deben ser conducentes, es decir, relevantes e influyentes, así como dirigidas directa e indirectamente, al esclarecimiento y determinación de los problemas de orden fáctico que presente el proceso.

Por supuesto hay también que tener en cuenta, para poder declarar dichas pruebas como pertinentes, que se han de haber propuesto en tiempo —en los escritos de calificación provisional— y, en forma, es decir, con los requisitos rituarios a que se refieren los arts. 656 y 657 de la LECRIM.

La S. de 20 de junio de 1974 (R. 2368) hace referencia al art. 656 de la LECRIM. Este artículo exige que la prueba de testigos se proponga por las partes, adjuntando listas de las personas, con sus nombres, apellidos y domicilio. Si falta esta designación nominal, incluso oral, planteado recurso por la vía del número 1.º del art. 850, señala

(7) En este mismo sentido se manifiestan: S. de 30 de noviembre de 1976 (R. 5084); S. de 16 de junio de 1977 (R. 2758).

esta sentencia, éste resultará improcedente por no poder determinar sobre la indefensión alegada.

Así, respecto de la pertinencia o no de los testigos, podemos señalar las siguientes conclusiones:

- a) Facultad soberana del tribunal «a quo» para declarar la pertinencia de una prueba testifinal; tribunal que, sin embargo, deberá proceder con prudente criterio.
- b) Posibilidad de someter la declaración de no pertinencia de una prueba testifical a la censura de la casación.
- c) Para ser considerada pertinente, tal prueba testifical deberá: guardar relación con los hechos procesales o temas objeto de debate; deben ser conducentes, es decir, relevantes e influyentes; dirigidas, directa o indirectamente, al esclarecimiento y determinación de los problemas de orden fáctico del proceso; propuestas en tiempo; y propuestas en forma: habrá que estar a los requisitos de los arts. 656 y 657 de la LECRIM.

2. — El testigo o testigos, previa citación o sin ella, no hayan comparecido.

A este requisito alude la S. de 21 de octubre de 1977 (R. 4024) al señalar como indispensable que el testigo o testigos citados o no, y de modo justificado o injustificado, desoigan el llamamiento judicial e incomparezcan en las sesiones del juicio oral (8).

3. — La parte que propuso a dichos testigos, solicite la suspensión.

A estos efectos es interesante el art. 747 de la LECRIM. cuando señala que en el supuesto de incomparecencia de testigos, el tribunal decretará la suspensión, siendo procedente, a instancia de parte.

4. — La consideración de la Sala de que la declaración de los mismos (testigos) es necesaria.

El juicio sobre la necesidad de la declaración testifical debe formarse, como señala ORTELLS RAMOS (9), teniendo en cuenta la prueba practicada en la vista y el probable resultado de la declaración del testigo.

De la misma manera se pronuncia el T.S. en la S. de 20 de septiembre de 1974 (R. 3232), al señalar que la necesidad se condiciona al desenvolvimiento total de la fase probatoria del proceso y al resultado de las demás probanzas efectuadas, de tal modo que cabe renun-

(8) El tema de por qué no comparecen los testigos, a quien se debe tal incomparecencia y qué medios hay para evitar la misma, es tratado en el último capítulo de este trabajo.

(9) ORTELLS RAMOS, M., *Eficacia probatoria...*, cit., p. 403.

cia de las partes a las pruebas propuestas y admitidas, pero no practicadas todavía.

Asimismo, como señala al S. de 5 de junio de 1975 (R. 2797), caso de no poderse llevar a cabo por causas ajenas a las partes y al tribunal, éste, como se deduce del art. 746, será quien determinará, a la vista de lo actuado, según juzgue o no necesaria la declaración del testigo incomparecido, y se sienta o no suficientemente informado, la suspensión del juicio oral. Acordará únicamente dicha suspensión cuando resulte indispensable, por no sentirse suficientemente informado con el resto de las pruebas practicadas.

En este sentido la S. de 30 de noviembre de 1974 (R. 4921) señala que el tribunal, pese a la previa declaración de pertinencia de los testimonios, no tendrá preceptivamente que suspender el juicio oral para nuevo señalamiento con citación más enérgica de los testigos incomparecidos, sino que, a la vista de las demás pruebas practicadas, prudencialmente, podrá sentirse más o menos informado con el resultado valorable de estas últimas y, en consecuencia, suspender dicho juicio oral o no suspenderlo ordenando su conclusión para sentencia.

Habrà que tener en cuenta que para advertir la importancia y trascendencia de la declaración, es necesario que se expresen las preguntas o principios que se proponía dirigir al testigo. Así, la S. de 21 de junio de 1976 (R. 3117) exige que al formular la petición de suspensión, se expongan los puntos que habían de someterse al interrogatorio de los testigos, para que pueda graduarse la importancia de sus testimonios y sus necesidades o conveniencias de los mismos (10).

Existe numerosa jurisprudencia de nuestro T.S. que deniega el recurso de casación por quebrantamiento de forma por la vía del artículo 850-1.º de la LECRIM., al exigirse —como hacen las sentencias de 14 de junio de 1966 (R. 3111); de 18 de octubre de 1969 (R. 4404); de 20 de octubre de 1972 (R. 4153); de 3 de abril de 1973 (R. 1550); de 5 de octubre de 1976 (R. 3903), entre otras— la constatación de las preguntas que se proponía la parte formular al testigo, único medio de graduar la importancia a los fines de la formación de la convicción del tribunal. La falta de preguntas, señala la S. de 18 de mayo de 1974 (R. 2368), fundamenta la desestimación del motivo del recurso (11).

(10) En el mismo sentido se manifiesta la S. de 23 de enero de 1978 (R. 99).

(11) En el mismo sentido se manifiestan las siguientes SS: de 25 de octubre de 1976 (R. 4245); de 26 de octubre de 1976 (R. 4277); de 21 de febrero de 1977 (R. 578).

5. — Cumplidos los requisitos o presupuestos anteriormente citados, el tribunal procederá a decretar la suspensión del juicio oral.

Podrá acordar dicha suspensión sin más, señala el art. 746-3.º en sus párrafos 1.º y 2.º, o bien acordar la continuación del juicio y la práctica de las demás pruebas, y después que se hayan practicado, suspenderlo hasta que comparezcan los testigos ausentes.

Lo normal será que se efectúe la práctica de las restantes pruebas, y a la vista de la necesidad o no de la prueba testifical, se acuerde o no por la Sala la suspensión de las sesiones del juicio oral. No obstante pudiera plantearse el supuesto de que sea el testigo incomparecido, la única prueba a practicar; en cuyo supuesto, se suspenderá la vista en el momento en que se plantee la suspensión.

Tema interesante en materia de suspensión de la vista en el procedimiento ordinario por delito nos parece el referente a su *fundamento*; esto es, por qué se admite la suspensión de la vista y en qué se funda dicha posibilidad.

La respuesta a las anteriores preguntas se encuentra en la jurisprudencia de nuestro T.S. y, concretamente, la S. de 17 de febrero de 1977 (R. 521) es muy clarificadora al respecto, al entender que «cuando la suspensión haya sido pedida por una de las partes y se funde en la incomparecencia de un testigo, es menester que haya dado a conocer al tribunal de instancia aquellos extremos sobre los que ha de versar la declaración del testigo, pues únicamente así podrán el tribunal «a quo» primero y el tribunal «ad quem» después, juzgar acerca de la importancia o trascendencia que la declaración pueda tener, a efectos decisivos de las cuestiones debatidas y, por tanto, si de la denegación de la suspensión *puede derivarse o no la pretendida indefensión*, cuya existencia real constituye el único fundamento de la suspensión...» (12).

El problema que se plantea entonces el de determinar cuándo y qué se entiende por indefensión en esta materia; indefensión que, como ya hemos apuntado anteriormente, constituye el fundamento de suspensión.

El Tribunal Constitucional considera que indefensión se produce cuando al ciudadano se le niega alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su disposición para la defensa de los derechos

(12) En el mismo sentido S. de 3 de noviembre de 1977 (R. 4204); S. de 23 de enero de 1978 (R. 99); S. de 4 de marzo de 1978 (R. 774); S. de 4 de julio de 1978 (R. 2795); S. de 2 de octubre de 1978 (R. 3021); S. de 2 de mayo de 1979 (R. 2558); S. de 25 de enero de 1980 (R. 914); S. de 1 de marzo de 1980 (R. 914); S. de 21 de abril de 1980 (R. 1462); S. de 27 de octubre de 1980 (R. 3882); S. de 11 de febrero de 1981 (R. 517); S. de 28 de mayo de 1981 (R. 2289); S. de 13 de noviembre de 1981 (R. 4319).

e intereses legítimos. No obstante hay que tener en cuenta que el art. 24-2.º de la Constitución española de 1978, al reconocer el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no otorga el de que se acepten indiscriminadamente, todos los que se propongan. Si así fuera, ello iría contra el texto constitucional que se refiere a «pertinentes», es decir, a las que vengan a propósito para resolver las cuestiones planteadas en el juicio. De aceptarse todas, a través de propuestas de prueba numerosas e inútiles, se alargaría indebidamente el proceso o se discutirían cuestiones ajenas a su finalidad.

La indefensión, por tanto, no puede basarse en la mera referencia a que se le denegó un concreto medio de prueba. El propio precepto constitucional exige su pertinencia, condición sobre la que también corresponde pronunciarse al tribunal penal, pudiendo admitir las restantes pruebas y fundar la denegación de una de ellas en la equivalencia con otro medio tenido en cuenta, sin que se produzca con ellos indefensión (13).

B) Procedimientos de urgencia.

La regulación de la suspensión por incomparecencia de testigos en los procedimientos de urgencia viene regulada por los arts. 801 y siguientes de la LECRIM.

En los procedimientos de urgencia el tribunal podrá suspender el juicio por cualquiera de las causas que determina el art. 746 para el procedimiento ordinario, pero procurará evitar con el mayor celo posible, señala el legislador, las suspensiones inmotivadas.

Esta regla general encuentra su excepción en el párrafo último del art. 801, al señalar que «no se suspenderá el juicio por incomparecencia de testigos, cuando éstos hubieran declarado en el sumario y el tribunal se considerare suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos».

El juicio sobre la «suficiente información» debe realizarse, como señala ORTELLS RAMOS (14), considerando ya asumidas para valorarlas en la sentencia, las declaraciones sumariales del testigo no comparecido. Sólo cuando sea posible una posterior adición, aclaración o corrección esencial respecto de la declaración efectuada en el sumario, señala la S. de 7 de febrero de 1973 (R. 184), de las que derivarán unos resultados probatorios que no pudieran alcanzarse con los res-

(13) Así se manifiestan: Auto núm. 127/81 de 25 de noviembre de 1981; Auto 120/81 de 18 de noviembre; Auto 84/81 de 22 de julio; Auto 96/81 de 30 de septiembre.

(14) ORTELLS RAMOS, M., *Eficacia probatoria...*, cit., p. 405.

tantes medios de prueba, podría considerarse la declaración testifical efectuada en el sumario como insuficiente.

Tras el estudio de la extensa jurisprudencia que sobre dicha materia —suspensión del juicio oral en los procedimientos de urgencia— se ha planteado, y la regulación del mismo por la Ley de 8 de abril de 1967, podemos hacer las siguientes puntualizaciones:

1.— El tribunal puede suspender el juicio oral.

Tal expresión encierra una pura facultad discrecional, como señala la S. de 4 de julio de 1978 (R. 2795).

La S. de 16 de febrero de 1979 (R. 684) señala que la potestad de suspensión o continuación del juicio oral es una facultad discrecional del tribunal de instancia, supeditada a que éste considere o no necesaria la declaración testifical del incomparecido.

Merece hacer mención especial de la S. de 30 de noviembre de 1974 (R. 4921), que en su segundo considerando señala que cuando se trate de procedimiento de urgencia, la discrecionalidad de esta decisión se acentúa.

Por su parte el legislador compele a los tribunales a abstenerse de adoptar soluciones dilatorias. Así, el párrafo 1.º «in fine» del artículo 801 comienza por afirmar que el tribunal procurará evitar con el mayor celo posible las suspensiones inmotivadas; y el párrafo 3.º agrega, de modo imperativo, que no se suspenderá el juicio oral por la incomparecencia de testigos cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para poder formar, de este modo, juicio completo sobre los hechos.

2.— Esta facultad del tribunal ha de llevar como apoyo, cualquiera de las causas que determina el art. 746.

3.— Se procurará evitar con el mayor celo posible las suspensiones inmotivadas.

Y esto es así para conseguir el cumplimiento de los objetivos de tal procedimiento, armonía de la justicia y de la celeridad, y evitar demoras de cualquier clase sin fundamento serio o que afecte de manera esencial a la defensa de los intereses de las partes intervinientes en el proceso.

4.— No se suspenderá el juicio, señala la S. de 6 de abril de 1974 (R. 1822), por incomparecencia de testigos si concurren dos condiciones: primero, objetiva, esto es, que hubiese declarado en el sumario; y segunda, discrecional, que el tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos.

En conexión directa con todo lo estudiado se encuentra la consideración del respeto a los *principios del proceso penal* en el supuesto de la suspensión de la vista oral en el procedimiento de urgencia.

Al establecer el legislador en el art. 801 de la LECRIM. que en caso de incomparecencia de testigos no se suspenderá el juicio cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio sobre los hechos, se vulneran los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

El legislador, en este art. 801, está admitiendo la posibilidad de que la sentencia que en su día se dicte, se base tanto en las diligencias sumariales —declaración testifical practicada en el sumario— como en la prueba del juicio oral —el resto de las pruebas practicadas en la vista oral—. De esta manera se llegará a la consideración de que la oralidad ya no sería el principio base del procedimiento penal, porque estarían sirviendo de fundamento a la sentencia, no sólo las pruebas realizadas en el plenario —fase de acto único y oral— sino incluso también las practicadas en el sumario.

Teniendo en cuenta el art. 120-2.º de la Constitución española, que establece que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, se pone de manifiesto que el art. 801 de la LECRIM., al remitirse a la posibilidad de considerar la prueba testifical practicada en el sumario como suficiente para formar juicio y no practicarla de nuevo en el plenario, está vulnerando el principio de oralidad.

El principio de oralidad trae consigo asimismo un sistema de principios inseparables los unos de los otros, que son los de inmediación, concentración y publicidad.

Si como se desprende del art. 801 de la LECRIM., puede admitirse como prueba, la practicada en el sumario, señala MONTERO AROCA (15), desaparece con ello el principio de inmediación, ya que el tribunal no logra su convencimiento de la impresión inmediata que le ha causado su relación directa con los testigos, las partes ... sino de referencia ajena, a través de lo que ha quedado reflejado en un escrito por el Juez instructor.

Además, con la suspensión del juicio oral se produce una quiebra del principio de concentración, también denominado la unidad del acto; principio que se manifiesta con toda claridad para la fase plenaria del proceso penal en el art. 744 de la LECRIM.: «Abierto el juicio oral continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión», cuyo significado es el de que

(15) MONTERO AROCA, J., *El principio de oralidad y su práctica en la vigente ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «Justicia '83», II, p. 285.

todas las actuaciones del juicio se llevan a cabo en una sola sesión o bien en varias próximas, si aquéllo no fuera posible.

Así, al admitir el art. 801 que el tribunal penal pueda fundar su convicción en las diligencias sumariales, como señala MONTERO AROCA (16), está desvirtuando las razones a las que respondió la ley, ya que con esa forma concentrada se deben practicar las pruebas, porque esa forma es la única con la que es posible de hecho la oralidad, inmediación y publicidad.

También este art. 801 supone una quiebra del principio de publicidad, en cuanto no se ha podido presentar por el público todos los elementos que sirven de apoyo al tribunal para dictar su sentencia.

Como señala MONTERO AROCA (17), el pueblo, para garantizar sus derechos y libertades, exige que esa conciencia se forme en el juicio oral, con elementos que hayan estado al alcance de todos los interesados. La confianza se pierde cuando la conciencia se forma sobre material secreto para el público, pues en este caso la razonabilidad, que debe estar en la base de toda resolución judicial, se ve sustituida por lo desconocido.

IV. POSIBILIDAD DE IMPUGNAR LA FACULTAD DE SUSPENDER

La negativa del tribunal de instancia a suspender las sesiones del juicio oral ante la incomparecencia de testigos o peritos, sólo sobre la base de la interpretación extensiva efectuada por el T.S., puede incluirse como incardinada dentro de los términos en que se expresa el art. 850-1.º de la LECRIM. (18).

El motivo del recurso de casación del número 1.º del art. 850 de la LECRIM.—denegación de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma— tiene su razón de ser en la protección y desarrollo del derecho que consagra la Constitución española de 1978 en su art. 24-2.º a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Este artículo implica el reconocimiento de un derecho procesal con la limitación de la pertinencia, en el sentido de que puede ser denegado en aras de la efectividad del trámite procesal, cuando sea imperitante. De este modo, para la viabilidad de la casación ante la negativa probatoria del tribunal de instancia es necesario:

1.º Que se trate de una prueba testifical propuesta en tiempo y forma.

En este sentido es de destacar la S. de 18 de mayo de 1974 (R. 2368), que señala «tras examinada la proposición de prueba, se observa que la prueba fue propuesta en tiempo, escrito de calificación, mas no en forma, puesto que en éste se limita a decir que reproduce nominalmente la propuesta por el Ministerio Fiscal y por las otras partes, y luego añade el nombre de tres testigos, ninguno de los cuales es...»; con ello se infringió lo dispuesto en el art. 656 de la propia Ley, que por lo que a los testigos se refiere, exige «listas de testigos», expresando además sus nombres, apellidos, y domicilio o residencia entre otros extremos, lo cual fue incumplido (19).

2.º Que se haya declarado pertinente mediante la oportuna resolución.

Merece especial mención la S. de 18 de mayo de 1974 (R. 2368) antes citada, que señala «mas como el motivo de casación exige que la diligencia de prueba se considere pertinente, para juzgar en esta alzada de su pertinencia y de su importancia, se exige, como ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (20), que debieron hacer constar las preguntas que se proponía la parte formular al testigo, único medio de graduar su importancia a los fines de la formación de la convicción del tribunal».

3.º Que el testigo o testigos, citados o no, y de modo justificado o injustificado, desoigan el llamamiento judicial e incomparezcan en las sesiones del juicio oral (21).

4.º Que alguna de las partes que propusieron su testimonio, solicite la suspensión expresando paladinamente la pregunta o preguntas que se proponía dirigir al testigo o testigos.

Son multitudinarias las sentencias del T.S. sobre el tema. A modo de ejemplo citaremos la S. de 21 de junio de 1976 (R. 3117) en la que se señala expresamente que «no basta con formular la oportuna protesta ante el acuerdo denegatorio del tribunal de instancia de la suspensión de la vista ante la incomparecencia de testigos propuestos por las partes, si no se expone al formular la petición de suspensión de los puntos que habían de someterse al interrogatorio de los testi-

(16) MONTERO AROCA, J., *El principio...*, cit., p. 286.

(17) MONTERO AROCA, J., *El principio...*, cit., p. 286.

(18) En este sentido se manifiesta la S. de 4 de julio de 1981 (R. 3140).

(19) Respecto de la omisión de nombres, apellidos y domicilio o residencia, es de interés la S. de 10 de junio de 1974 (R. 2857); y respecto del tiempo, la S. de 26 de noviembre de 1981 (R. 4331).

(20) S. de 14 de junio de 1966 (R. 3111).

(21) S. de 21 de abril de 1981 (R. 1667).

gos incomparecidos para que pudieran graduar la importancia de sus testimonios y las necesidades o conveniencias de los mismos...».

Es de destacar en este sentido la S. de 23 de enero de 1978 (R. 99) cuando señala que «...para la viabilidad de los recursos es menester que junto con los demás requisitos formales legalmente exigidos, se hayan dado a conocer, en el momento procesal oportuno, las preguntas sobre las que los testigos habrán de ser interrogados, ya que únicamente así podrán el tribunal de instancia primero, y el de casación después, conocer la trascendencia de la prueba en relación al posible conocimiento de datos fácticos relevantes a efectos decisorios, y, en consecuencia, a la posible indefensión que pudiera derivarse por la no práctica de la prueba...» (22).

- 5.º) Que el tribunal «a quo» deniegue la suspensión, pese a que el testimonio del testigo o testigos sea necesario para el esclarecimiento de los hechos.
- 6.º) Que se formule y consigne en acta la protesta correspondiente.

Muy clarificadora al respecto es la S. de 31 de octubre de 1974 (R. 4080), cuando señala expresamente que «para que alguna diligencia de prueba, solicitada en el proceso penal por las partes, admitida y no pudiéndose practicar, pueda originar la suspensión del juicio oral..., resulta enteramente indispensable que contra la decisión negativa final de la audiencia, se formule la indispensable «protesta» para preparar el recurso de casación y que se debe entablar después de la sentencia; protesta que ha de referirse indudablemente a la prueba inadmitida» (23).

Frente a la numerosa jurisprudencia que admite, por vía de interpretación extensiva, la posibilidad de revisar en casación la negativa del tribunal de instancia a suspender las sesiones del juicio oral a causa de la incomparecencia de testigos, por la vía del art. 850-1.º de la LECRIM., nuestro T.S. se ha manifestado en alguna ocasión ais-

(22) En el mismo sentido se manifiestan las siguientes SS.: de 4 de marzo de 1978 (R. 774); de 4 de julio de 1978 (R. 2795); de 2 de octubre de 1978 (R. 3021); de 18 de octubre de 1978 (R. 3231); de 2 de mayo de 1979 (R. 2558); de 25 de enero de 1980 (R. 914); de 7 de marzo de 1980 (R. 914); de 7 de marzo de 1980 (R. 1042); de 21 de abril de 1980 (R. 1462); de 18 de junio de 1980 (R. 2763); de 27 de octubre de 1980 (R. 3882); de 10 de febrero de 1981 (R. 511); de 11 de febrero de 1981 (R. 517); de 28 de mayo de 1981 (R. 2289); de 13 de noviembre de 1981 (R. 4319).

(23) En el mismo sentido se manifiestan las siguientes sentencias: de 30 de enero de 1976 (R. 247); de 29 de mayo de 1981 (R. 2296), entre otras.

lada en contra de esta postura (24). Señala el T.S., en estos casos, que el problema de la suspensión del juicio escapa del número 1.º del art. 850, para entrar en la órbita de los arts. 744 y siguientes de la propia Ley.

El art. 745 concede al presidente del tribunal una facultad: «podrá suspender»; y el art. 746 concede un nuevo arbitrio, ya que según el texto legal «procederá la suspensión: 3.º) cuando no comparezcan los testigos de cargo y descargo ofrecidos por las partes y el tribunal considere necesaria la declaración de los mismos», decretando en tal caso la suspensión a instancia de parte.

Por todo ello, el tribunal de instancia se mueve en el terreno de lo discrecional y potestativo, que se regula y remacha en los arts. 802 y siguientes, referentes a los procedimientos de urgencia.

De todo lo dicho cabe concluir que, según esta tendencia jurisprudencial, la posibilidad de suspensión del juicio es una facultad del tribunal, discrecional, vulnerable e inatacable, siendo improcedente el recurso de casación del art. 850-1.º de la LECRIM., contra los acuerdos que adopte la Audiencia en el uso de la misma.

Consideramos, en contra de la postura anteriormente sostenida, como lo hace la S. de 30 de septiembre de 1975 (R. 3530) que la posibilidad de suspensión del juicio oral consagra una facultad discrecional de la Sala sentenciadora, al venir condicionada a que ésta considere o no necesaria la declaración de los testigos incomparecientes, cuya determinación ha de acordarse ponderada y prudencialmente, teniendo su natural y jurídico límite en la necesidad probada del examen que se niegue y la importancia demostrada sobre la declaración o declaraciones que se interesan. De esta manera se evita tanto cualquier posible indefensión como el que las partes entorpezcan y demoren el proceso provocando la suspensión ante la incomparecencia de cualquier testigo; pero, no obstante, tal facultad de instancia será revisable en casación (25).

De esta manera, el tribunal, pese a la previa declaración de la pertinencia de sus testimonios, no tendrá preceptivamente que suspender el dicho juicio para nuevo señalamiento, con citación más enérgica de los testigos incomparecidos. A la vista de las demás pruebas practicadas o pendientes de practicar, prudencialmente, podrá sentirse más o menos informado, con el resultado valorable de estas últimas, y, en consecuencia, decidirá suspender o no la vista oral,

(24) S. de 16 de octubre de 1973 (R. 3845); S. de 21 de mayo de 1974 (R. 2382); S. de 9 de febrero de 1976 (R. 371); S. de 26 de mayo de 1976 (R. 2423); S. de 18 de septiembre de 1981 (R. 3379), entre otras.

(25) Así se manifiestan las SS. de 10 de octubre de 1975 (R. 3628); de 26 de enero de 1976 (R. 195); de 21 de noviembre de 1976 (R. 4931); de 2 de mayo de 1977 (R. 3112).

ordenando, en último caso, la continuación de dicho juicio hasta su conclusión para sentencia.

El tribunal de instancia procede, por ello, con soberano criterio y libertad de decisión. No obstante, su determinación se halla sometida a la censura de la casación. Esta decidirá (26) definitivamente si la determinación de denegar la suspensión de las sesiones del juicio oral fue certera y no produjo indefensión o si, por el contrario, implicó privación de importantes datos probatorios de influencia notoria; influencia a la hora de formar convicción sobre los demás problemas fácticos con graves y consecutivos perjuicios para la parte que propuso tales medios probatorios y que privada de ellos, pese a la previa declaración judicial de pertinencia.

Las conclusiones a las que llegamos tras el estudio realizado son:

1.º) Al tribunal de instancia viene atribuida la facultad de acordar lo que estime oportuno en orden a la suspensión del juicio oral por incomparecencia de testigos.

2.º) Esta facultad es revisable en casación, en aras a garantizar siempre la mejor defensa de las partes en el proceso.

3.º) La revocación de dicha decisión, no obstante, ha de tener carácter muy excepcional, y limitable tan sólo a aquellos casos en los que aparezca la suspensión infundada, de modo que pueda dar lugar a verdadera indefensión.

4.º) Para apreciar la indefensión es preciso que la parte que solicita la suspensión, haya dado a conocer los hechos y las preguntas sobre los que ha de declarar el testigo o testigos de que se trate. Sólo de este modo podrá la Sala de instancia primero y la de casación después, tener ocasión de ponderar la importancia de la prueba y su trascendencia, en orden al esclarecimiento de los hechos y a la indefensión que de su falta de práctica pueda derivarse (27).

V. INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS

Analizada la incomparecencia de testigos como causa o motivo de suspensión del juicio oral, la facultad de los tribunales de proceder a la misma, la revisión de dicha facultad en casación..., para finalizar ya nuestro trabajo, nos parece interesante analizar la incomparecencia de testigos en cuanto tal, esto es, por qué no comparecen los testigos, a quién se debe tal incomparecencia, qué medios hay para evitar la misma...

(26) Así se expresa la S. de 26 de abril de 1979 (R. 1691).

(27) S. de 10 de febrero de 1979 (R. 418) y S. de 22 de diciembre de 1980 (R. 5035).

El art. 410 de la LECRIM. señala que todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, si para ello se les cita con las demás formalidades prescritas en la Ley.

Esta obligación legal de comparecer a prestar declaración cuando a dicho fin fueren citados, manifestada en este artículo 410 de la LECRIM., la encontramos también como mandato constitucional en el art. 118 de la Constitución española de 1978, al establecer que «...es obligado prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

De ello se deduce que todos los que puedan suministrar alguna noticia útil en el desarrollo del proceso, tienen la obligación de concurrir al llamamiento judicial con dicho objeto.

El fundamento de dicha obligación, señala AGUILERA (28), arranca del deber de todos los individuos de la sociedad a cooperar a la realización de los fines jurídicos de la misma, contribuyendo dentro de sus propios medios a la realización de la justicia. Por eso, continúa este autor, no sólo los que tengan conocimiento de la perpetración del delito sino también aquellos que puedan facilitar alguna noticia respecto de su comisión o de las personas responsables del mismo, tienen el deber moral y legal de manifestar a los jueces encargados de la persecución de los actos punibles, cuanto supieren acerca de ellos.

No obstante y a pesar de tratarse de un deber moral del ciudadano, de la importancia de dicha obligación impuesta legalmente y exigida en la misma Constitución, a pesar de todas las razones que imponen dicho deber, muchas actividades delictivas quedan impunes ante la falta de colaboración ciudadana al desarrollo de la justicia. Ello no es producto, como señala AGUILERA (29) de deficiencia de la instrucción ni por culpa de los que tienen la misión de instruir el proceso, sino por el censurable retraimiento de aquellos que, teniendo conocimiento de lo ocurrido y pudiendo suministrar noticias útiles para la instrucción y para el éxito de la misma, ponen en juego todos los medios posibles para eludir la obligación en que se hallan de ayudar a la justicia: unos, sigue este autor, por la repugnancia que inspira el convertirse con lo manifestado en delatores del criminal; otros, por temor a las responsabilidades de sus manifestaciones si no llegaren a justificarse o por los perjuicios que pudieran sobrevenirle de parte de los culpables al tener éstos noticia de sus declara-

(28) AGUILERA, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1924, Tomo III, p. 588.

(29) AGUILERA, *Ley de...*, cit., p. 588.

raciones; y muchos, por otras preocupaciones más o menos infundadas.

Obvio es que de nada serviría el establecerse esta obligación de comparecencia si no se instrumentaran los medios coercitivos adecuados para exigir por medios eficaces el cumplimiento de dicha obligación.

Esta obligación legal es aceptada como principio universal por todos los códigos, al entender dicha obligación como necesaria cooperación a la realización de la justicia, no pudiendo dejar de cumplirse la misma en ningún caso, por lo que para ello se establecen unas medidas coercitivas que constriñan al cumplimiento de la misma.

El problema que se suscita es el de elegir los medios coercitivos adecuados para compeler al ciudadano a colaborar en la justicia, pero que, a su vez, no perjudiquen innecesariamente a estos ciudadanos con exigencias y sanciones que llegarán a producir perjuicio para los mismos.

La mayoría de las legislaciones coinciden en el establecimiento de dichos medios coercitivos y nuestra Ley Procesal, al menos teóricamente, ha seguido el mismo criterio inspirador de la mayoría de los códigos extranjeros. Así, nuestra LECRIM. establece como medios coercitivos para compeler a los testigos a la comparecencia y colaboración con la justicia: la multa, la conducción forzosa por los funcionarios de la autoridad, y el procesamiento del mismo sometiendo a responsabilidad criminal por denegación de auxilio o por desobediencia grave a la autoridad, según los casos planteados.

La multa, señala AGUILERA (30) será aplicada como corrección disciplinaria cuando el testigo que no estuviere impedido dejare de concurrir al primer llamamiento judicial, excepto en los casos de tratarse de alguna de las personas mencionadas en el art. 412, las cuales están exentas de la obligación de comparecer ante la presencia judicial; de esta manera la multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta.

Si se persistiera en la no comparecencia, podrá acudir al uso de la fuerza, siendo conducido en ese caso el testigo ante el juez instructor por los dependientes de la autoridad.

Incluso podrá llegar a ser declarado procesado por el delito de denegación de auxilio a la justicia, que regula el art. 372-2.º del CP.; si persistiera en la negativa a declarar, podrá ser procesado por desobediencia grave.

Así, la multa, señala AGUILERA, será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta; la conducción forzosa, cuando se resis-

tiere a comparecer, y el procesamiento en el supuesto de insistencia en la negativa o en la resistencia a declarar.

De este modo observamos cómo el ordenamiento jurídico contempla una serie de medidas coercitivas para imponer la obligación del testigo de comparecer, estableciendo las sanciones oportunas para su cumplimiento (arts. 420 y 716 de la LECRIM., y art. 372-2.º del CP.). Pero esta vigencia, como señala el prof. MONTERO AROCA (31), es más teórica que real, ya que son prácticamente ínfimos los supuestos en los que, en la práctica, se llega a la imposición de una multa y nullos, los de procesamiento y condena.

Ante esta vigencia meramente teórica y no real, hay que buscar los motivos por los que, aun teniendo apoyo legal, no tienen vigencia real estas medidas coercitivas de imposición de esta obligación de comparecer.

La ridiculez de las indemnizaciones a los testigos, como señala MONTERO AROCA, ha sido el soporte de la creencia de que se carecía de la fuerza moral necesaria y precisa para exigir coactivamente la obligación de comparecer a los testigos. Tampoco la magistratura ha creado en nuestro pueblo la conciencia de que comparecer como testigo es importante para el desarrollo y desenvolvimiento de la realización de la justicia, aunque también ha sido la sociedad española en general y sus representantes políticos los que han dado lugar a la creencia de que no es importante la prueba testifical para el desarrollo de la justicia en España.

Es evidente que, como sigue MONTERO AROCA, ante la incomparecencia del testigo y ante la petición del defensor de suspensión del juicio con base en el art. 746-3.º de la LECRIM., los tribunales son raras veces las que consideran la declaración de suspensión de los mismos como necesaria. De ahí la numerosa jurisprudencia de nuestro más alto tribunal que desestima el recurso de casación por quebrantamiento de forma por la vía del art. 850-1.º, por estimar que o bien se trata de una facultad discrecional que escapa del campo del recurso de casación del art. 850-1.º por ser invulnerable o inatacable, o bien que, aun estimando que es revisable en casación, considerar que por no ser necesaria la declaración del testigo, la no suspensión no precisa ser razonada, o incluso que no se ha cumplido con los requisitos formales para decretar la suspensión.

Creemos, por tanto, que hay que partir de la necesidad de crear en la conciencia popular, el sentimiento de que es necesario para el desenvolvimiento de la justicia española, la colaboración, que exige por nuestra Constitución en el art. 118, de todos los ciudadanos y,

(30) AGUILERA, *Ley de...*, ct., Tomo V, pp. 609 y siguientes.

(31) MONTERO AROCA, *El principio...*, cit., pp. 278 y siguientes.

por supuesto, de aquellos que con su testimonio puedan facilitar el esclarecimiento de los hechos delictivos realizados. Partiendo de dicha colaboración, podrá alcanzarse de mejor manera la justicia en la sociedad española.

Para todo ello, la magistratura, desde su posición, debe fomentar y sembrar en la conciencia popular también dicha convicción, y las autoridades políticas y legislativas tendrán que establecer medios que faciliten dicha colaboración, y no las ridículas indemnizaciones que existen en la actualidad para los testigos y peritos. Esto pone de manifiesto la necesidad de modificar las directrices que hasta ahora han regido en la sociedad española en general y en nuestro sistema jurídico-procesal en particular, que, ante el tema de la comparecencia de testigos y la importancia de la prueba testifical, como elemento importante de apoyo a la realización de la justicia en España, tanto han dejado de desear.

JURISPRUDENCIA

PROCESAL CIVIL

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

SUMARIO:

1. Competencia. — 2. Partes. — 3. Objeto del proceso. — 4. Prueba. — 5. Sentencia. — 6. Recurso de apelación. Segunda instancia. — 7. Recurso de casación. — 8. Proceso de revisión. — 9. Procesos ordinarios y especiales. — 10. Arbitraje. — 11. Ejecución. — 12. Quiebra. — 13. Costas.

I. COMPETENCIA

TERRITORIAL: ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

S 3 enero 1983 (RA 156)

Se inicia juicio ejecutivo acumulando pretensiones fundadas en cuatro letras de cambio, en una sola de las cuales constaba una cláusula de sumisión expresa.

CONSIDERANDO: Que declarado por este Tribunal —SS. de 1 abril, 4, 17 y 21 junio 1981— que, para conocer del juicio ejecutivo, en que se actúa la acción cambiaria, el juez territorialmente competente es el del lugar en que la letra esté domiciliada, así como que, tratándose de acciones acumuladas en un único proceso, la competencia ha de atribuirse al juzgado del lugar en que deban cumplirse las obligaciones

con mayor entidad económica —S. de 13 enero 1981—, es manifiesto que, en el presente caso, en que se han acumulado 4 letras de cambio por importe de 30.000, 26.005, 82.091 y 82.092 ptas., de las cuales sólo en la primera citada figura cláusula de sumisión a los Tribunales de Burgos, estando las restantes domiciliadas, para pago y protesto, en la ciudad de Alcoy (Alicante), residencia del librado aceptante, la competencia para conocer del ejecutivo en cuestión ha de decidirse, de acuerdo con el dictamen Fiscal a favor del Juzgado de esta última ciudad de Alcoy conforme a la doctrina jurisprudencial citada, interpretadora de la regla 1.ª del art. 62 de la L. E. Civ., cediendo la cláusula de sumisión, pactada en uno solo de los 4 documentos mercantiles, ante el evidente mayor número y más elevada entidad económica de los restantes en que se fundamenta la pretensión deducida en la demanda.

2. PARTES**LEGITIMACIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.****S 23 febrero 1983 (RA 1068)**

Se pretendió la condena a efectuar determinadas reparaciones en unas viviendas para ajustarlas al proyecto pactado, dirigiéndose la demanda frente al promotor-constructor-vendedor y frente al arquitecto. El primero alega infracción del litisconsorcio por no haberse demandado al aparejador.

CONSIDERANDOS: Que el motivo segundo del recurso, utilizando la misma vía ritual, acusa la violación por inaplicación de la doctrina legal recogida en las numerosas sentencias que cita, referente al litis consorcio pasivo necesario y consiguiente «ineludible obligación del actor de convocar al pleito a todos aquellos que estén vinculados a los actos o negocios jurídicos en que apoye sus pretensiones», lo que le lleva a sostener que la demanda debió ser dirigida también contra el Aparejador de la obra; impugnación rechazable, pues por lo que concierne a las acciones que asisten a los demandantes contra el recurrente en cuanto vendedor de los pisos, claro es que el técnico aludido ocupa la posición de extraño, como enteramente ajeno a los contratos de compraventa, y aun dentro del ámbito del art. 1592, norma de derecho material en que podría basarse la situación litisconsorcial denunciada, tampoco puede apreciarse la irregularidad que se dice en la constitución de la relación jurídico procesal, pues, amén de lo que luego se indicará, si bien no existe el obstáculo para incluir en la hipótesis normativa en cuestión también el Aparejador o Arquitecto técnico, con responsabilidad especificada en los arts. 1.º y 2.º del D. de 16 julio 1935, según la calificación que se le atribuye el de 19 febrero 1971, como ya declaró la sentencia de 9 octubre 1981, e incluso cabría acudir al procedimiento analógico autorizado por

el art. 4, párr. 1.º, del Título Preliminar del C. Civ., es manifiesto que tal posibilidad, encaminada a reforzar la posición del comitente y la del comprador, no puede ofrecer pretexto para que oponga un óbice procesal quien ha sido justamente interpelado en su triple cometido de promotor, contratista y vendedor de los pisos, en suma verdadera factórum de la obra, al que no es permitido escudarse en las supuestas responsabilidades de los técnicos cuando se trate de deficiencias imputables a su voluntaria desviación del proyecto, obviamente para lograr un mayor lucro, razones que conducen a la repulsa del motivo cuarto, apoyado en la infracción, por aplicación indebida, del citado art. 1591, que se hace consistir en no haber tenido en cuenta la Sala sentenciadora la obligación de resarcimiento que alcanza al Aparejador, «en la cuota que le corresponde concurrentemente con la del Arquitecto director de la obra».

Que la misma suerte ha de correr el motivo tercero que reprocha a la sentencia recurrida la vulneración del propio precepto, igualmente en el concepto de la indebida aplicación, por entender que la única responsabilidad es la exigible a los Arquitectos «en su calidad de directores de la obra», con exoneración del contratista; ya que en rigor no se está en presencia de vicios determinantes de ruina, ni siquiera en la amplia acepción que la jurisprudencia da al concepto en la esfera del contrato de obra, extendiéndola a la inutilidad de la construida para su destino o «ruina funcional» —S. de 11 enero 1982, y las que en ella se citan—, sino de ejecución defectuosa con relación a lo proyectado y ofrecido al otorgar la venta de los pisos en construcción, en definitiva ante un supuesto de incumplimiento contractual (que la Sala de instancia contempla en primer término, aunque a mayor abundamiento lo encuadre también en el art. 1591), solventable por la vía de las reglas generales de la responsabilidad negocial —SS. de 3 octubre 1979 y 8 febrero

1982—, ante la evidencia de que el contratista y vendedor no realizó la prestación según lo pactado en ese contrato que, para autorizada opinión, presente naturaleza por la concurrencia del dare de la compraventa con el face-re del contrato de obra.

LEGITIMACIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.**S 16 febrero 1983 (RA 1039)**

Para hacer efectiva parte de la cantidad determinada en un reconocimiento de deuda los deudores subrogan al acreedor y su esposa en la compra de un piso. Posteriormente aquellos ejercitan una reivindicatoria y, subsidiariamente, pretenden que se corrija la liquidación de la deuda, sin dirigirse frente a la esposa del acreedor.

CONSIDERANDOS: Que entablada demanda por don Eufasio A. y doña Agueda Ch. contra don Manuel H. S. y Juan M. R., S. A., negando que la cifra de lo adeudado al primero alcance la señalada en los citados documentos, sino que se limita a la reclamada en el juicio ejecutivo, y afirmando además la subsistencia del dominio de lo sacados a pesar de la pactada resolución negocial, en el *petitum* fue instado que «se ordene escriturar el piso objeto de la acción reivindicatoria (tercero izquierdo) a favor de «los demandantes», «o alternativamente, una vez tasado el referido piso y efectuada la liquidación de cuentas entre demandantes y demandados, si a ello ha lugar, determinar la cantidad que una vez tasado ha de corresponder como indemnización» a los accionantes; pedimentos que la sentencia del primer grado decide con estimación del segundo término de la formulación alternativa, pues si rechaza rotundamente la acción tutelar del dominio por evidente falta de título de los reivindicantes, estima la pretensión referente a la práctica de «la liquidación de cuentas entre los litigantes, especialmente en cuanto a la deu-

da reconocida en documentos de 20 enero 1975 y 23 mayo del propio año, para con el resultado de la misma determinar el saldo deudor en favor (sic) de unos u otros», mientras que la Sala de instancia, a la que acudió en alzada don Manuel H., desestima también la segunda prestación (pretendida con propiedad en acumulación subsidiaria, aunque literalmente se diga que es alternativa), por entender que se da una manifiesta situación litis consorcial pasiva necesaria al no haber sido llamada al debate la esposa del recurrido y cotitular del piso objeto de reivindicación, «con menosprecio del principio de legitimación registral que el art. 38 de la Ley Hipotecaria proclama», lo que determina «una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, suficiente por sí misma para desestimar la demanda».

Que a todas luces se hallan desprovistos de base los motivos primero y tercero del recurso, que al combatir por la vía de los núms. 2.º y 3.º del art. 1692 de la Ley Procesal la sentencia de la Sala, tratan de demostrar el desacierto en la tesis por ésta mantenida y aduce razones de fondo (la legitimación exclusiva del marido) desde el ángulo de la economía del matrimonio, con olvido de que la incongruencia *extra petita* y el mismo vicio por defecto nada tienen que ver con el mayor o menor acierto en los razonamientos del organismo jurisdiccional a la hora de decidir sobre las pretensiones efectivamente examinadas, pues de toda evidencia es que para censurar la posible incorrección al apreciar defecto de litis consorcio —cuestión sustantiva relacionada con la naturaleza de la relación material objeto de controversia— no es apta la vía utilizada, sino que habría de serlo la de aplicación indebida de la doctrina legal y la del precepto hipotecario invocados por el Tribunal «a quo».

Que la misma suerte ha de correr el motivo segundo del recurso, amparada en el núm. 1.º del citado precepto de

la Ley Procesal, que acusa a la sentencia combatida de incurrir en aplicación indebida del art. 1413 del C. Civ., alegando que es innecesario demandar a la esposa cuando se trata de transmisión a realizar en cumplimiento de lo ordenado en sentencia condenatoria, pues —se dice— «este supuesto no es acto de disposición» a los efectos de dicha norma; impugnación claramente improsperable, pues el problema concerniente al dominio del piso reivindicado y la condena al otorgamiento de la escritura correspondiente, ya decidido con categórica repulsa en la primera instancia por carencia de título actual en los actores, determinada por aquel negocio bilateral de reconocimiento y fijación de la deuda en el que se inserta una cesión de contrato de compraventa con estipulación de *aditio in idem*, mediando autorización del contratante cedido (la vendedora Juan M. R., S. A.), a manera de unión negociada, lo resuelve a su vez la Sala con tratamiento unitario («titularidad dominical y solicitud alternativa») para las dos pretensiones acumuladas, entendiendo que la índole de la relación material debatida exigía la presencia en el litigio de la cotitular registral del piso doña Catalina R. M., coadquirente en unión de su marido, con arreglo al principio capital de la correcta integración del contradictorio en los casos de titularidad conjunta del bien objeto de controversia (a cuyo efecto hace cita de específica doctrina jurisprudencial), pero en manera alguna invoca el artículo 1413 del C. Civ. sobre la amplitud de los actos dispositivos del marido en cuanto a los bienes gananciales ni se plantea la procedencia de excluir el consentimiento uxorio en este caso, precepto, por consiguiente, ajeno a la situación planteada por el Tribunal de instancia en trance de resolver y que por ello mal pudo aplicar con desacierto.

LEGITIMACIÓN: ACCIÓN DE NULIDAD DE PATENTE.

S 14 febrero 1983 (RA 1034)

Se impugna la legitimación del actor puesto que éste no demuestra la titularidad que afirma de cierta patente mediante la inscripción registral a su favor.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso se formula «autorizado por el art. 1692, ap. 7.º de la L. E. Civ., consistente en error de derecho en la apreciación de las pruebas, por haber infringido la sentencia recurrida el art. 7 del Estatuto de la Propiedad Industrial, y los arts. 1216, 1218 y 1220 del C. Civ.», «al apreciar la prueba aportada por el actor don René P. sobre los hechos básicos en que fundamentó su demanda, consistentes en la existencia y actual vigencia y titularidad a su favor de la Patente de Invención núm. 362.500», alegándose por el recurrente que la sentencia impugnada, al declarar probada la existencia y titularidad a favor del actor de la patente a partir de una simple fotocopia de la memoria descriptiva, ignorando que, por tratarse de un bien inscrito en un Registro público, debía aportarse necesariamente la prueba consistente en la correspondiente documentación auténtica librada por dicho Registro, infringe los preceptos antes citados, motivo éste que deberá ser desestimado, pues si, como una reiterada doctrina de esta Sala ha declarado, el error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo se comete cuando se infringe un precepto valorativo de prueba; es decir, cuando a determinada prueba de apreciación tasada no se le reconoce la eficacia probatoria que la Ley le otorga no puede entenderse que la resolución que se recurre, al apreciar de manera libre y conjunta la prueba practicada en autos, valorando especialmente «la naturaleza y contenido de los documentos aportados por el actor», juntamente con «la realidad del proceso» y la con-

sideración de que «éste no tendría sentido para quien no fuera titular inscrito de la patente», y llegar a la conclusión de estimar suficientemente probada «la titularidad que legitima al actor para el ejercicio de la acción», infrinja los preceptos que se citan en el motivo, toda vez que ninguno de ellos exige que la prueba de la titularidad de la patente se practique de manera forzosa a través de la correspondiente certificación del Registro, medio éste de prueba que debe ser reputado como normal, pero no único, y, consiguientemente, no impiden que el Juzgador de Instancia pueda extraer tal conclusión del resultado conjunto de la prueba, máxime cuando el hecho de la titularidad de la patente no es determinante de su atribución a una u otra persona, es decir, no se cuestiona su pertenencia a alguna de las partes, sino que tan sólo juega a efectos de reconocer al actor la legitimación necesaria para accionar la nulidad de una segunda patente, legitimación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 del Estatuto de Propiedad Industrial, se reconoce «a quienes se estimen perjudicados», concepto éste que no tiene por qué coincidir necesariamente con la titularidad vigente de una patente anterior y así lo ha entendido la doctrina de esta Sala, al declarar, «que el ejercicio de esta acción de nulidad no se limita a quien acredite ser titular registral de la modalidad que se trata de proteger, sino que se extiende a todas aquellas personas que se estimen perjudicadas sin que sea precisa la prueba de un perjuicio real y efectivo, por ser suficiente con la existencia de un daño o menoscabo presente o futuramente previsible, en el orden normal de las circunstancias o de las Cosas» —S. de 13 noviembre 1976.

LEGITIMACIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NEGATIVO.

S 8 febrero 1983 (RA 868)

Se interpone demanda pretendiendo la elevación a escritura pública de una compraventa en documento privado, frente al representante de los vendedores, omitiendo demandar a éstos y a otros compradores posteriores.

CONSIDERANDO: Que en el juicio de mayor cuantía instado por el aquí recurrente en el que se dictaba la declaración de que la finca sita en Burgos, al pago de Tras la Iglesia de San Antón, descrita en la demanda, era de su propiedad y la condena al vendedor a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa con base en el documento privado, se dictó sentencia por el Juzgado de 1.º Instancia declarando haber lugar a la excepción de litis consorcio pasivo necesario por haber sido demandado, únicamente el representante de los vendedores y no éstos, sentencia que, apelada, fue confirmada íntegramente con aceptación de la citada fundamentación jurídica, añadiendo, además, que también procedera dicha excepción al no haber sido traída al proceso la Comunidad de Padres Agustinos Recoletos que, con posterioridad al mencionado documento privado, compró a los mismos vendedores la expresada finca; y, frente a dicha sentencia, se formula el presente recurso de casación, al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. Pro. Civ., por violación de Ley, invocando en el primer motivo la infracción del art. 1277 del C. Civ., pero es precisamente dicho precepto, que impone al mandante el cumplimiento de las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, el que exige demandar al poderdante o poderdantes y no al apoderado, pues en virtud del fenómeno de la representación, el mandatario que obra en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata —salvo las excepciones rela-

tivas al haberse obligado a ello expresamente o haber traspasado los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes, carta 1.725— por lo que, con independencia de si debió o no accionar contra dicho representante, cuestión que aquí no se plantea, es indudable que la pretensión actuada debió dirigirse contra los propietarios vendedores que otorgaron los poderes, y al no hacerlo así la relación procesal quedó mal constituida, y en consecuencia, debe rechazarse el citado motivo.

CAPACIDAD DE POSTULACIÓN: NO EXTINCIÓN DEL PODER POR PRESCRIPCIÓN.

S 4 febrero 1983 (RA 806)

Se alegó que el poder aportado por el procurador del actor había prescrito.

CONSIDERANDOS: Que como cuestión previa a la solución del presente recurso es de tener en cuenta que el apoderamiento a Procurador de los Tribunales, como negocio jurídico abstracto, unilateral y recepticio, por cuyo medio una persona (poderdante) confiere a otra (apoderado) poder de representación y que pertenece a la institución más amplia de ella, consistente en esencia en la atribución de determinada conducta de una persona a otra, confiere una actividad continuada en potencia, con la consiguiente posibilidad de actuación en cada momento que imposibilita se genere una secuencia extintiva por causa de prescripción, pues que precisamente esa posibilidad de actuación potencial en cada momento, en tanto no se den algunas de las circunstancias prevenidas en el art. 9.º de la L. E. Civ., produce que falte la causa de inacción del derecho que es la esencia fundamentadora de toda prescripción extintiva de derechos y acciones; y más habida cuenta que precisamente dicha actividad potencial inherente a todo apoderamiento origine una constante inte-

ruptora del cese del periodo de tiempo para su ejercicio.

Que lo expuesto en el precedente conduce a que el poder con que actuó el Procurador de los Tribunales don Salvador V. D., en primera y segunda instancia, a nombre y representación de la entidad demandante «Banco Popular Español, S. A.», es eficaz al respecto, y por tanto no se da la situación de falta de personalidad en dicho Procurador alegada como base del único motivo en que se apoya el recurso de casación por pretendido quebrantamiento de forma de que se trata, ni en consecuencia se produce la posibilidad de apreciar la causa que contempla el núm. 2.º del art. 1693 de la L. E. Civ., en que el mencionado único motivo se ampara.

LEGITIMACIÓN: PRESIDENTES DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.

S 3 febrero 1983 (RA 801)

Se impugna la legitimación de los actores porque, de acuerdo con el título constitutivo, sólo existe una comunidad y un presidente y en el pleito actúan, por el contrario, tres presidentes de otras tantas comunidades.

CONSIDERANDOS: Que la jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a la naturaleza de la comunidad de bienes, tal como aparece de la normativa contenida en los arts. 492 y siguientes del C. Civ., ha establecido como doctrina legal incocosa la que afirma que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, ya para ejecutarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros sin que le perjudique la adversa o contraria —SS. 6 abril 1896, 18 diciembre 1933, 29 septiembre 1967, 10 diciembre 1971, 17 noviembre 1977, 7 febrero 1981, et cetera—, doctrina aplicable a la comunidad existente entre los propietarios

de un edificio por pisos o locales —regulada por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 julio 1960 sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes necesarios para el adecuado uso y disfrute de las partes privativas, pues el hecho de que el art. 12 de dicha Ley especial confiara al Presidente de la comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo para que cada propietario pueda ejercer las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad, e incluso en el de oposición del Presidente y del resto de los partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido, en su participación indivisa en los elementos comunes y es lógico que así sea, ya que el disfrute de lo que le es privativo, requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes y si no se concediera acción a cada condueño para impugnar los actos realizados por uno de ellos, sin la previa obtención del consentimiento de los otros, se convertiría en ilusorio, el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma —SS. 28 abril 1966, 23 abril 1970, 31 mayo 1971, 10 junio 1981, etc.

Que frente al particular de la sentencia de instancia que desestima la excepción de falta de legitimación activa de los Presidentes de las Comunidades de las casas núms. 4, 6 y 8 de la calle Juan de la Cosa, de Bilbao, para demandar la declaración de que las obras realizadas por los demandados en el sótano de fachada del edificio afectan a los elementos comunes y han sido ejecutadas sin el acuerdo unánime de los copropietarios, se articulan los cuatro primeros motivos del recurso al amparo del art. 1692 de la L. E. Civ., todos ellos improsperables por las siguientes consideraciones: a) el primero de ellos con apoyo en el núm. 7.º denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba al entender la sentencia recurrida que existen tres Comunidades de Propietarios, cuando el título por el que se constituyó el inmueble en régimen de Pro-

iedad Horizontal evidencia que se trata de un solo inmueble y de una sola Comunidad de Propietarios, y es improsperable porque, con independencia de que el propio título autoriza a constituir comunidades independientes para el gobierno y administración de cada casa (Norma 3.º), lo que por sí solo sería suficiente para legitimarlas en la defensa de los derechos e intereses de cada una de ellas sobre los elementos comunes es también evidente, por otra parte, que la sentencia de instancia, no es que niegue que de acuerdo con los Estatutos deba constituirse una Comunidad de Propietarios que comprenda las tres cosas, cuestión ajena a esta litis, sino que lo que afirma es que los Presidentes de las tres Comunidades actúan en ejecución de un acuerdo adoptado por ellos y que, además, como propietarios singulares de pisos o locales están por ese solo hecho facultados para demandar en defensa de los intereses de la Comunidad, afirmación ajustada a Derecho como se expone en el primer Considerando; b) el segundo motivo al amparo del núm. 1.º invoca la violación, por no aplicación, del artículo 12-1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, según el cual la Comunidad de Propietarios ha de actuar en juicio a través de un Presidente elegido entre ellos y como en el caso de litis, se dice, se ha ejercitado la acción por tres Presidentes de tres inexistentes Comunidades es claro que no se ha constituido adecuadamente la legitimación activa de los accionantes, y tal motivo decae por los mismos fundamentos anteriormente expuestos, pues al ser suficiente la simple cualidad de copropietario para accionar en defensa de los derechos de la Comunidad sobre los elementos comunes, cualidad que necesariamente ostentan los Presidentes de las tres Comunidades por imperativo del art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, es indudable la concurrencia de dicha legitimación activa en los demandantes; c) igualmente, debe rechazarse el tercer motivo que apoyado en el mismo

ordinal, denuncia la aplicación indebida de la doctrina de las sentencias de esta Sala de 28 abril 1966, 23 abril 1970 y 31 mayo 1972, pues es precisamente tal doctrina que afirma la legitimación de los copropietarios para ejecutar las acciones que beneficien a la comunidad, la que sirve de fundamento a la sentencia de instancia y a la desestimación de los anteriores motivos; y d) finalmente, el cuarto motivo con invocación del mismo núm. 1.º del artículo 1692, alega la aplicación indebida de la doctrina de los actos propios, motivo que también debe rechazarse porque, como con reiteración se ha dicho, la legitimación de los actores viene determinada por su cualidad de Presidentes de las respectivas Comunidades y además por su carácter de copropietarios de pisos o locales, y no porque tal cualidad o carácter haya sido o no reconocido por los demandados.

LEGITIMACIÓN ACTIVA: PRESIDENTE DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

S 29 enero 1983 (RA 400)

El actor, promotor del edificio, impugna la legitimación de los presidentes de las comunidades de propietarios, argumentando que para la pretensión ejercitada —que afectaba a elementos comunes— se requería el acuerdo unánime de las juntas.

CONSIDERANDOS: Que el tercero y último de los motivos inspirado como los anteriores en el mismo número y artículo de la Ley Adjetiva, acusa la interpretación errónea por parte del Tribunal sentenciador de los arts. 12 y 16, párr. 1.º en relación con el art. 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, dado que no se ha estimado la falta de legitimación activa de los Presidentes de las Comunidades actoras, por cuanto ejercitaban acciones que correspondían únicamente a los propietarios individuales y además, porque el acuerdo adoptado para acudir

a la vía procesal debió adoptarse por unanimidad, en cuanto si se obtenía la reparación solicitada en la demanda ello implicaría obras que afectaban a los elementos comunes.

Que la misma suerte adversa de los anteriores ha de merecer éste: A) Por su falta de claridad y precisión al sentar como base del mismo tres preceptos distintos y que vienen referidos a cuestiones diversas, razón por la cual hubieron de ser objeto de tratamiento en motivos separados, lo que le hace incidir en el supuesto de inadmisión y hoy desestimación recogido en el número 4.º del art. 1729 en relación con el 1725 de la L. E. Civ.; B) Por la misma falta de precisión que ofrece al tratar y desarrollar en él dos cuestiones tan perfectamente diferenciadas cual son: a) la falta de legitimación activa en los Presidentes de las dos comunidades actoras, al ser según la recurrente los únicos facultados para esgrimir las acciones pertinentes en este caso, los propietarios de cada piso o local en que radican las chimeneas en cuestión; b) la misma ausencia de «legitimatio» referida al hecho de no haberse adoptado el acuerdo de acudir a los Tribunales por unanimidad pese a que podía afectar a la realización de obras comprendidas en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, todo lo cual sitúa el motivo en el mismo supuesto de desestimación que se ha indicado en el ap. A) de este Considerando; C) Porque al alegar la falta de «legitimatio activa» para el supuesto descrito en el subapartado b), olvida la recurrente que el principio general imperante en materia de Propiedad Horizontal es el de que la representación en juicio y fuera de él de las mal denominadas «Comunidades de propietarios» corresponde al Presidente, razón por la cual, si como en el presente caso se niega la misma, debería haberse acreditado que el supuesto fáctico motivador de las acciones ejercitadas afectaba única y exclusivamente a los propietarios singulares de pisos o locales, lo cual

no sólo no se ha llevado a cabo sino que por el contrario se está alegando otra falta de legitimación activa que contradice ésta, la de que el acuerdo hubo de adoptarse por unanimidad, ya que por ser ello así resulta evidente dada la redacción del art. 16, 1.º, párr. 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que la cuestión afectaba a la Comunidad de Propietarios y no únicamente a cada uno de ellos; D) En cuanto a la ausencia legitimativa procesal basada en el hecho de haberse adoptado el acuerdo por mayoría y no por unanimidad, ha de tenerse en cuenta: a) Que existiendo un acuerdo relativo al ejercicio de las pertinentes acciones sin perjuicio de que hubiere habido otros relativos a obras, es evidente que a la vista del art. 16 de la Ley Propiedad Horizontal aquél no necesita unanimidad y sí únicamente mayoría; b) Que a ello no es obstáculo existieren otros acuerdos sobre la realización de trabajos que pudieran conllevar modificación o alteración de elementos comunes, ya que en todo caso el acuerdo se adoptó y no fue impugnado por los únicos que pueden hacerlo, los propietarios singulares de cada piso o local; c) Que consiguientemente el mismo no puede servir de base para sustentar la excepción de falta de legitimación, en primer lugar porque no impugnado en tiempo y siendo el del art. 16, párr. 1.º de la Ley Propiedad Horizontal plazo de caducidad, el acuerdo es válido y eficaz y, en segundo lugar porque Cobasa, S. A., tiene a estos efectos la consideración de tercero, careciendo tanto de legitimación «ad causam» como «ad procesum» para efectuar dicha impugnación.

3. OBJETO DEL PROCESO

LÍMITES DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA DEMANDA.

S 21 enero 1983 (RA 255)

Los actores pretendieron, entre otras cosas, que un inmueble se declarara

ganancial del segundo matrimonio de su padre, encontrándose en la contestación con la alegación defensiva de que había sido donado por la mujer, en calidad de bien privativo, a las hijas del segundo matrimonio. En réplica se pretende la declaración de nulidad de esa donación.

CONSIDERANDO: Que frente a esa resultancia fáctica, no desvirtuada por la recurrente, el primero de los motivos del recurso, al amparo del núm. 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ., acusa la infracción del art. 359 de la L. E. Civ., por estimar que la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los actores, ya que, según explica en su desarrollo, se contienen en el fallo del Juzgado, confirmado por la Sala sentenciadora, tres pronunciamientos que no corresponden al suplico de la demanda, de los cuales sólo fue estimado uno, el relativo a la declaración del carácter ganancial del inmueble litigioso, siendo dichos tres nuevos pronunciamientos deducidos por primera vez en el escrito de réplica; el motivo no puede ser estimado por las siguientes razones: a) el único pedimento de la demanda al que accedió la Sala «a quo» otorga el carácter de ganancial, del matrimonio formado por don Daniel G. y doña Rosa A., según ya se ha dicho, a la casa de la calle del Cristo, núm. 8; b) obstativo de la estimación de ese pedimento es el hecho aducido por primera vez, y desconocido hasta entonces por los demandantes, en el escrito de contestación a la demanda, de que la misma casa discutida había sido donada por la demandada, doña Rosa, manifestando ser de su exclusiva propiedad, a sus dos hijas codemandadas por escritura otorgada en 1976; c) ante ese grave obstáculo para la estimación de la pretensión de los demandantes, éstos en el escrito de réplica solicitaron se declare la nulidad de la expresada donación, en cuanto a la mitad de la nuda propiedad del inmueble donado perteneciente por herencia de su padre a los demandan-

tes, por ser incompatible la declaración de propiedad exclusiva de las demandadas donatarias, procedente de propiedad privativa de la donante viuda de don Daniel G., con el carácter solicitado de bien ganancial del matrimonio extinguido; d) con estos antecedentes es obvio que los demandantes al redactar la súplica del escrito de réplica se mantuvieron dentro de los límites permitidos por el art. 548, párr. 2, de la L. E. Civ. al no alterar la pretensión objeto principal del debate (el pedimento sobre el carácter ganancial del inmueble en cuestión), sino que la adicionaron o ampliaron para eludir un grave obstáculo jurídico a su estimación, óbice que sólo conocieron a través del escrito de contestación a la demanda y en el que precisamente basaron su defensa las demandadas, criterio éste ya seguido con anterioridad por esta misma Sala en supuestos análogos —SS. de 10 febrero 2886, 30 marzo 1894, 30 mayo 1925, 30 enero 1930 y otras—, en cuanto la pretensión deducida en la réplica fue consecuencia obligada para prosperar la acción que se ejerció; por todo lo cual al resolver sobre esa pretensión no incurrió la sentencia impugnada en incongruencia alguna.

DISTINCIÓN ENTRE RECONVENCIÓN Y DEFENSA DEL DEMANDADO.

S 10 enero 1983 (RA 160)

Los actores pretenden la declaración de existencia de servidumbre. En la vista de la apelación y en casación el demandado suscita la cuestión de que los actores habían incluso agravado la servidumbre pretendidamente existente.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso se promueve «por infracción de Ley y de doctrina concordante al amparo del art. 1692, ordinal 1.º de la L. E. Civ., por infracción del art. 542, párr. 1.º del C. Civ., infringido por el concepto de violación

por inaplicación» alegándose por la recurrente que las actoras, al deruir el mirador antiguo y construir un moderno balcón que recibe mucha más luz y sobre todo da muchas más vistas al predio dominante produjeron una agravación de la servidumbre, infringiendo el precepto citado, motivo éste que deberá ser desestimado, toda vez que, disponiéndose en la regla 5.ª del art. 1729 de la L. E. Civ., la inadmisibilidad de los recursos de casación por infracción de Ley o doctrina legal cuando las que se citen como infringidas se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, y, habida cuenta que, de acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala, que por conocida resulta ocioso citar, deben reputarse como no planteadas en el pleito las cuestiones que no han sido fijadas en los escritos fundamentales sobre los que se desenvuelve la fase alegatoria del procedimiento, es decir, en el juicio de mayor cuantía, los de demanda, contestación, réplica y dúplica, no cabe duda que, en el caso que nos ocupa, solicitándose en la demanda por las actoras hoy recurridas, la declaración de la existencia de una servidumbre de luces y vistas en favor del piso primero, propiedad de las mismas, sobre el terreno contiguo propiedad de la demandada recurrente, ni en la contestación a la demanda ni en la dúplica puede encontrarse alusión alguna, ni menos aún petición incluida en el suplico, acerca del hecho de que la conversión del mirador en balcón constituya una agravación de tal servidumbre, postura ésta que, por constituir una pretensión distinta a la mera negación de la servidumbre, hubiera además requerido el ejercicio de una acción reconvenzional, y, si bien es cierto que, según resulta de la resolución recurrida, tal cuestión se planteó «in voce» en el acto de la vista de apelación aludiéndose en la resolución recurrida a su carácter de cuestión nueva, sin entrar a resolverla en el fondo, y ha sido reproducida en el presente recurso de casación, también lo es que su introducción tardía, una vez trans-

currida y, por ende precluida, la fase alegatoria del pleito, en nada empece su calificación de cuestión nueva, cuyo planteamiento en casación veta el citado art. 1729 de la L. E. Civ. ordenando la inadmisión del recurso, que, en esta fase, debe transformarse en desestimación, por todo lo cual debe decaer el primero de los motivos que aquél se funda.

4. PRUEBA

CARGA: CAUSA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

S 10 febrero 1983 (RA 959)

La actora entiende que la causa de separación del antiguo artículo 105, ap. 2.º CC, concurre, a la vista de la reforma posterior, por simple desavenencia entre los cónyuges, la cual ha sido probada.

CONSIDERANDOS: Que no puede ser mantenida la interpretación de los nuevos preceptos legales propugnada en el recurso, según la cual frente al criterio conducente a la luz del texto derogado bastaría en la actualidad el hecho objetivamente comprobado de las desavenencias entre los cónyuges para, sin más averiguaciones, dictar sentencia de separación a instancia de cualquiera de ellos; pues además de lo ya indicado respecto a la fundamental analogía —*mutatis mutandi*— entre el anterior art. 105, causa 2.ª, y el nuevo art. 82, causa 1.ª, párr. 1.º, sin perjuicio de la interpretación flexible y no rígida de los supuestos legales en la vigente normativa, no puede olvidarse la subsistencia del principio sobre el «favor matrimonii» y que el deber de convivencia sigue siendo de orden público (art. 68), todo lo cual impone la inexcusable concurrencia de causa legal, en que uno de los esposos esté incurso, para que el otro pueda instar la separación poniendo fin a la vida en común, a no ser que la casa-

ción se opere por acuerdo o mutuo disenso (art. 81, núms. 1.º y 2.º).

Que si, pues, tratándose de causa basada en el incumplimiento de los deberes conyugales la carga de prueba incumbe a quien postula la separación, ya que así lo imponen las reglas generales sobre la distribución del «onus probandi» y la necesidad de enervar la presunción de inocencia acorde al principio proclamado en el art. 24, párr. 2.º, de la Constitución, aplicable con mayor motivo en las relaciones familiares según entiende la doctrina, ya que ese derecho no opera solamente en el ámbito procesal penal, como ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 abril 1982, no puede ser acogido el motivo que se analiza, dado que tanto el Juez como la Sala no apreciaron en el marido conducta injuriosa o vejatoria reprochable sino que su ocasional actitud irritada la explica el Tribunal de instancia por el censurable comportamiento de la recurrente, quien sin ambages admite la certeza de unas hojas de carta manuscritas (posición decimosexta en su confesión) en las que se vierten inequívocas expresiones amorosas dirigidas a tercero cuya identidad no consta.

DOCUMENTAL: RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS.

S 28 enero 1983 (RA 396)

De la expresión, usada por el demandado al proponer prueba en segunda instancia, «documental: por medio de la obrante en autos», pretende deducir el recurrente el reconocimiento de los documentos por él aportados.

CONSIDERANDOS: Que la impugnación de la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Las Palmas de 7 octubre 1980, se realiza por el recurrente a través de cuatro motivos de casación, de los cuales los desarrollados en segundo y cuarto lugar, en

que, respectivamente se denuncian, al amparo de los núms. 2.º y 7.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., sendos vicios de incongruencia, violando el artículo 359 de la L. E. Civ. la sentencia impugnada y error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción por dicha resolución de los artículos 1218 y 1255 del C. Civ., han de ser objeto de examen prioritario dada la incidencia que su apreciación o rechazo ha de tener sobre el resto de los motivos de casación planteados.

Que la supuesta incongruencia en que, según el recurrente, incurre la sentencia impugnada, por no reconocer la plena eficacia probatoria a un informe de Censores jurados de cuentas obrante en el proceso, no obstante el hecho de que, la parte comparecida en apelación, no lo impugnó y, según el decir de aquél, «lo acepta como prueba propia», además de llevar mucho más allá de sus propios términos y usual significación, el contenido del escrito de la Sociedad demandada que, al evacuar el trámite de instrucción ante la Audiencia, solicitó el recibimiento a prueba pidiendo, la documental «por medio de la obrante en autos» con el empleo de una expresión —la entrecorrida— que está lejos de tener el sentido de expresa aceptación, en todo su contenido, de la prueba realizada, hasta entonces, en el proceso, confunde, con el consiguiente decaimiento del motivo, el principio de congruencia, prohibitivo de toda resolución «extrapetita» —lo cual no obliga al Tribunal a fallar dentro de una literal, sino razonable correlación con lo alegado y discutido en el pleito— con la facultad de apreciación de la prueba hecha, por el órgano jurisdiccional, en función de lo postulado en la demanda, sin que el ejercicio de esta facultad signifique incongruencia alguna al no alterarse la base fáctica del proceso ni la causa de pedir tal y como resultan de las alegaciones de las partes, ni mucho menos quepa atribuir a la sentencia infracción del principio «non reformatio in peius»

cuya denuncia se hace por el recurrente, no ya faltando a la claridad que impone el art. 1720 de la L. E. Civ., acumulando dos fundamentos heterogéneos del recurso en un mismo motivo, sino con olvido de que lo que el citado principio veda es agravar, en apelación, la situación del apelante, mas no impide en modo alguno al Tribunal revocar la sentencia del Juzgado de primera Instancia, pronunciándose contrariamente a la tesis del apelado por discutibles que, en otra vía, sean los argumentos acogidos, al efecto, por el Tribunal de apelación.

Que el mismo inestimable destino alcanza al error de derecho que integra el cuarto motivo de casación, formulado al amparo del núm. 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ. por supuesta violación de los arts. 1218 y 1225 del C. Civ., preceptos que referidos, respectivamente, al valor probatorio de los documentos públicos y privados, son traídos, acusando, en ambos casos, el recurrente, su violación, a partir de la circunstancia, asimismo afirmada por éste, de haberse producido por la entidad demandada el legal reconocimiento de los aportados con la demanda, lo cual, además de constituir una aseveración inaceptable puesto que, como se ha dicho, no cabe derivar tan radical efecto —de espaldas por cierto al art. 1226 del C. Civ.— del simple hecho de que, al proponer prueba el demandado, en el trámite de apelación, solicitó la práctica de la documental «por medio de la obrante en los autos», expresión formularia y genérica que nada dice del concreto contenido obligatorio de los documentos aportados, cuya apreciación, por otra parte, ha sido hecha con extremada ponderación y singular acierto por la sentencia combatida, además de ello, insistimos no puede soslayarse que la Sala sentenciadora sienta sus conclusiones sobre el muy razonado y minucioso examen conjunto de la prueba, citando como tal la censura de cuentas —practicada, según se cuida de subrayar oportunamente, de

modo unilateral fuera del proceso por el actor-recurrente, sin la intervención de la contraparte ni de órgano oficial alguno que la dote de la más mínima garantía de objetividad— y de las restantes notas y requerimientos recíprocos unidos a las actuaciones, deteniéndose especialmente en la valoración de aquella operación de los censores Jurados de Cuentas, cuyo informe sobre las únicas notas y antecedentes contables suministrados sólo por el recurrente ofrece, muy sensiblemente, más las características (art. 610 de la L. E. Civ.) de informe pericial —de «informe técnico» es denominado en el desarrollo del motivo— sujeto por tanto en su apreciación al criterio del Tribunal de Instancia, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1243 del C. Civ. y 632 de la L. E. Civ., que de documento privado.

5. SENTENCIA

ESTADO DE HECHOS AL QUE DEBE REFERIRSE.

S 25 febrero 1983 (RA 1072)

Pretendida la nulidad de una Junta general de S. A. y de los acuerdos en ella adoptados, la demandada alega falta de interés en ello puesto que en el interin se convocó y realizó, a instancia del socio-actor, otra Junta en que se acordaron las anulaciones pedidas.

CONSIDERANDOS: Que contra la mentada resolución se interpone por la Sociedad demandada el presente recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, en cuyo único motivo, articulado por el cauce procesal del ordinal primero del art. 1692 de la L. E. Civ. en el que denuncia la infracción de la doctrina legal, establecida en las sentencias de este Alto Tribunal de 10 enero 1958, 29 septiembre 1961 y 3 febrero 1968, que sientan la doctrina de que la litis pendencia se produce, no en el momento de la

presentación de la demanda, sino en el del emplazamiento del demandado, que es al que ha de referirse la iniciación del pleito.

Que el motivo que se examina necesariamente ha de perecer, en razón a lo siguiente: 1.º La doctrina de los procesalistas, mantiene con raras excepciones, que la litis pendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando las opiniones que ponen tal inicio en la citación, emplazamiento a la contestación a la demanda, lo primero por suponer una adaptación a legislaciones extranjeras, contrarias a nuestras normas procedimentales, y lo segundo, por entrañar una arcaica reminiscencia a la concepción cuasi-contractualista del proceso, cuasi contrato de «litis contestatio», que se producía al contestar la interpelación judicial contraria, de tal forma que presentada la demanda y admitida por el órgano jurisdiccional, la litis pendencia comienza a producir sus efectos, hasta tal punto que la posición inicial del demandante es inalterable en lo fundamental, salvo la posibilidad contenida en el art. 548 de la L. E. Civ.; 2.º La doctrina de esta Sala, ya desde sus sentencias de 23 marzo 1890, 4 octubre 1907 y 6 julio 1920, a las que siguen las invocadas en la sentencia recurrida y otras posteriores, es unánime, en el sentido de que el proceso ha de resolverse teniendo en cuenta la situación jurídica objeto del pleito tal y como se hallara en el momento de la presentación de la demanda, si ésta es admitida a trámite; 3.º Porque tal doctrina viene a abonarla el propio contenido de los arts. 1100, 1109 y 1973 del C. Civ.; 4.º Porque las sentencias que por la parte recurrente se citan en apoyo del motivo, lejos de contradecir la doctrina antes examinada, vienen a robustecerla, y ello dado que en las de 9 enero 1958 y 29 septiembre 1961 se contemplaban supuestos de procesos planteados en los que la demanda no fue admitida a trámite y antes de surgir la contienda ju-

dicial, se plantearon extemporáneamente cuestiones competenciales, y en la de 3 febrero 1968, lo que discutía era la procedencia o improcedencia de la acogida de una excepción de litis pendencia, amparada en el núm. 5.º del art. 533 de la Ley Procesal, para cuya articulación era preciso hubiera mediado el emplazamiento del demandado excepcionante; y, 5.º Porque, aun cuando no se admitieran los razonamientos anteriores, lo que es incontrovertible, es que la nueva Junta, cuya convocatoria fue anunciada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 27 agosto 1980 y el periódico La Nueva España, de Oviedo, de fecha 6 septiembre del propio año, en cuyo Orden del Día se planteaba, como primer punto, «la declaración de validez o nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General celebrada el 28 junio 1980», no determinó la adopción del acuerdo anulatorio hasta la fecha de su celebración, en el citado día 28, como se acreditó en fase probatoria, folio 81, de aquí que hasta la mentada fecha los acuerdos impugnados fueron mantenidos, razonamiento que conduciría, pese a la posible acogida del motivo articulado, al mantenimiento de la sentencia impugnada, lo que justifica la repulsa del motivo, de acuerdo con la doctrina constante por esta Sala.

CONGRUENCIA.

S 19 enero 1983 (RA 251)

Ante el incumplimiento del contrato el actor pretendió condena a indemnizar daños y perjuicios, siendo esta pretensión estimada en ambas instancias que también declararon la resolución del contrato que no había sido expresamente pedida.

CONSIDERANDOS: Que en el primer motivo del recurso, encauzado por la vía del núm. 2.º del art. 1692 de la Ley procesal, se denuncia la violación del art. 359 de la citada ley y, en concreto, haberse incidido por la

Sala de instancia en incongruencia, porque, «reclamada una indemnización de daños y perjuicios, se impone en el fallo una resolución contractual», que según la sociedad recurrente no se había instado, faltándose así —se dice— a la adecuación entre las pretensiones deducidas y la resolución judicial adoptada.

Que ya una reiteradísima jurisprudencia —SS. de 12 junio 1981, 3 julio 1981, 3 marzo 1981, 8 abril 1982, 17 mayo 1982, 30 junio 1982, etc.— ha determinado que la finalidad que persigue el art. 359 de la Ley procesal, en armonía con los principios de contradicción, audiencia bilateral y «sentencia debet esse conforme libello», es la de resolver todas las cuestiones propuestas en el debate, ultimándolo tanto procesal como sustantivamente en evitación de procesos ulteriores, ajustando el fallo a las pretensiones de las partes, pero no de modo literal, sino sustancial y razonablemente, de tal modo que, sobre la base de un respeto absoluto a los hechos, pueda el juzgador, sin embargo, pronunciarse sobre la esencia y circunstancias concomitantes del tema, antecedentes y consecuentes, incluso mediante la elección de la norma adecuada («iura novit curia») y la aplicación de la misma a dichos presupuestos y consecuentes implícitos en la «causa petendi», siempre que con ésta tengan normal, natural y lógica relación.

Que son justamente estas precisiones y matizaciones las que impiden la estimación del motivo antes enunciado, porque claro resulta, y así explícitamente se constata en la sentencia impugnada según se ha visto, que ésta, en uso correcto de sus atribuciones y de un razonable criterio, califica la acción ejercitada de resolutoria por incumplimiento como presupuesto lógico de la petición de daños y perjuicios (ante la imposibilidad —dice— de optar por el cumplimiento que se indica de la demanda, resolución que —en correcta doctrina— se limita a

sancionar o ratificar la Sala de instancia como ya practicada por la compradora ante la frustración del contrato por cumplimiento defectuoso (más bien prestación distinta: «aliud pro alio», al servir máquinas de otra marca, no aptas), resolución que aunque no explícitamente pedida en la demanda es evidente que, por apreciación judicial imbatida, constituye el presupuesto jurídico (así calificado por la sentencia, «dabo tibi ius») del resarcimiento de daños solicitado al amparo del art. 1124 del C. Civ. (citado en la «súplica» de la demanda), dado que, además, lo que sí resulta meridiano, es que no se instó el cumplimiento, como la sala de instancia indica al decir que no se daba la posibilidad de pedirlo, y que es la otra opción que da el art. 1124 como base para solicitar la petición resarcitoria; todo lo cual, se insiste en ello, impide estimar la incongruencia que se alega ante la correlación sustancial entre lo pedido y lo resuelto en el fallo, que se limita, por otra parte, a establecer uno de los efectos de la resolución por vía de equidad, es decir, a la entrega o reenvío de los cabezales inútiles por el comprador al vendedor.

CONGRUENCIA.

S 20 enero 1983

Las sentencias de ambas instancias omiten todo pronunciamiento en el fallo sobre determinados pedimentos, aunque sí efectúan consideraciones respecto a ellos en la motivación.

CONSIDERANDO: Que el motivo 1.º del recurso, interpuesto con apoyo en el núm. 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ., denuncia infracción del art. 359 de la propia normativa «en cuanto la sentencia al omitir todo examen, estudio y pronunciamiento sobre la pretensión aducida bajo el ap. d) del suplico de la demanda, incide en incongruencia», con lo que se alude al pe-

dimento que postulaba, por incumplimiento de lo dispuesto en el Plan parcial de Ordenación del Ayuntamiento de Liérganes, la práctica demolición del edificio de nueva planta y de la nave destinada a lavandería de que se hace mención en el hecho 3.º del escrito instaurador del proceso, sosteniendo que han sido construidos por la recurrida a menos de 5 metros de la línea de colindancia con la finca de la recurrente; impugnación que ha de ser rechazada, pues con independencia de que se ampara en un supuesto legal específicamente referido a las hipótesis de incongruencia mixta, por otorgar el fallo algo distinto de lo pedido decidiendo sobre un punto no planteado y por lo tanto *extra petita*, mientras que en los casos de incongruencia positiva (*ultra petita*), cuando el fallo se extiende a más de lo pretendido, y de incongruencia negativa o por defecto (*minus petita*), como aquí se sostiene, por abstención de pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones, ha de ser utilizado necesariamente el cauce del núm. 3.º, según ya advirtió esta Sala en S. de 17 mayo 1967, no cabe desconocer que el principio de exhaustividad de la sentencia, traducido en el imperativo indeclinable de acudir a la resolución de todas las peticiones de los contendientes, ha sido observado sin duda en la resolución combatida, porque si para dilucidar la realidad de la congruencia hay que atender a la parte dispositiva de la decisión judicial, pero no aislándola de la fundamentación que la sustenta sino en armónica conjunción con ella como relevante requisito que se adiciona al fallo para formar un todo orgánicamente enlazado —S. de 25 febrero 1967—, es manifiesto que la sentencia recaída en el primer grado rechaza aquella petición argumentando (considerando 3.º), en tesis asumida por la Sala a quo, que «procede la desestimación por incompetencia de jurisdicción», ya que al basarse «en normas de carácter administrativo y no en las propias de derecho civil no es ésta la jurisdicción com-

petente según el art. 51 de la L. E. Civ., con lo que obviamente la «estimación parcial de la demanda» afirmada en el fallo entraña una elíptica referencia o presuposición del pedimento cuya repulsa quedaba declarada en la fundamentación lógico-jurídica.

6. SEGUNDA INSTANCIA

EXTENSIÓN: ADHESIÓN A LA APELACIÓN CON LIMITACIÓN DEL OBJETO.

S 24 febrero 1938 (RA 1071)

El actor se adhirió a la apelación únicamente en cuanto a dos pretensiones suyas no estimadas en toda la cantidad pedida, pero no se refirió en absoluto a otra pretensión íntegramente desestimada en primera instancia.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala que si bien la apelación somete al Tribunal que de ella entiende, el total conocimiento del litigio en términos tales que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas, según su criterio, no puede, sin embargo, agravar su resolución en perjuicio del recurrente cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación, pues los extremos de la sentencia a los que no se extiende el recurso tienen la firmeza que el consentimiento de las partes les presta, doctrina que aplicada al caso de litis conduce a estimar el tercer motivo del recurso que, con apoyo en el núm. 3.º del art. 1692 de la L. E. Civ. acusa a la sentencia recurrida de vicio de incongruencia con violación de los artículos 359, 408 y 858 de la citada Ley al conceder más de lo solicitado por el apelante y el apelado, pues si la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia condena al I.R.Y.D.A. a que ejecute determinadas obras de subsanación o en su defecto, se abone, en concepto de indemnización por demérito de la

finca litigiosa, la cantidad de 159.000 pesetas, condenándole asimismo al pago de 128.000 ptas. por la eliminación de la pared de piedra, si dicha sentencia es apelada en su totalidad por el I.R.Y.D.A., adhiriéndose a la apelación la parte actora «...en cuanto la sentencia impugnada concede solamente la indemnización de 159.000 pesetas y de 128.000 ptas. en lugar de 229.820 ptas., en que fueron tasados los daños por el primer concepto más las 128.000 concedidas por la eliminación de la pared de piedra», y si, finalmente, la sentencia de la Audiencia—después de reproducir la condena del Juzgado de 1.ª Instancia, condena, también —en cualquier caso—, y por tanto aunque ejecute las obras ya aludidas, al pago de la cantidad de 23.910 pesetas, por razón de daños consumados durante la sustanciación del proceso, es manifiesto que esta última sentencia incurre en una «reformatio in peius» prohibida por la normativa y doctrina legal expuesta anteriormente, por lo que en dicho particular debe casarse la sentencia impugnada, conclusión ésta que libera del estudio de los motivos cuarto y quinto, el primero de ellos formulado al amparo del núm. 7.º del art. 1692 que denuncia la infracción de los arts. 1225 y 1243 del C. Civ. y 632 de la Ley Procesal, y, el segundo, deducido con apoyo del número primero del referido art. 1692 en el que se acusa la infracción, por violación, del art. 1902 del C. Civ., pues si por el motivo anterior se casa la sentencia en el particular de la misma que condena al pago de 23.910 ptas. por razón de daños consumados durante la sustanciación del proceso, es claro que es totalmente innecesario el examen de los citados motivos que atacan precisamente la sentencia en dicho particular anulado.

FACULTADES DE LA SALA.

S 16 febrero 1983 (RA 1041)

El recurrente en casación entiende que habiéndose llegado por el Juzgado a una determinación cuantitativa de la deuda en base a la apreciación conjunta de la prueba, la Sala no puede alterarla.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso se formula «por infracción de ley y de doctrina legal, amparado en el núm. 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., basado en la infracción, submotivo interpretación errónea, del art. 1544 del C. Civ.», alegándose por el recurrente que la resolución del Juzgado de 1.ª Instancia no elude —como dice la de apelación— una precisión cuantitativa al señalar el precio que debe ser abonado por el dueño de la obra, sino que en base a lo alegado por las partes y con valoración del conjunto global de la prueba, facultad que estima exclusiva del Juzgado, fija la cantidad a abonar, y como consecuencia de todo ello debió ser respetada por la Sala Sentenciadora, motivo éste que deberá ser rechazado, no sólo porque pretende combatir la apreciación de la prueba que opera la resolución recurrida, sustituyéndola por la del Juzgado de 1.ª Instancia, lo que tan sólo puede hacerse al amparo del ordinal séptimo del art. 1692 de la L. E. Civ., y no con base en un motivo amparado en el núm. 1.º, sino también porque parece desconocer la doctrina jurisprudencial reiteradamente sostenida por este Tribunal de que «nuestra L. E. Civ., aun concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite sin embargo al Tribunal «ad quem» conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito» —S. de 6 junio 1962— y que «cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta

para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio» —S. 23 marzo 1963—, por lo que obviamente el criterio valoratorio de la prueba que esta Sala de Casación debe respetar, a no ser que, oportunamente combatido, pueda ser reputado ilógico, es el de la Audiencia Territorial y no el del Juzgado, en aquellos supuestos en que, como el presente, por haberse producido recurso de apelación se ha residienciado en aquélla la competencia para conocer y valorar los puntos de hecho y de derecho precisos para la resolución del litigio planteado, razones todas ellas por las que procede la desestimación del primer motivo.

7. RECURSO DE CASACION

POR INFRACCIÓN DE LEY: CONTRADICCIÓN EN EL FALLO.

S 14 febrero 1983 (RA 965)

Se interpone reivindicatoria sobre una finca frente a AIF, S. A. y causahabientes, estimándose la demanda y declarándose una serie de nulidades de transmisiones e inscripciones registrales excepto las referidas a la citada sociedad demandada.

CONSIDERANDOS: Que en el recurso formalizado por «Zumillo, S. A.» se aduce en el primer motivo, al amparo del núm. 4.º del art. 1692 de la Ley Procesal, la inaplicación del párr. 1.º del art. 359 de dicha Ley, por contener el fallo de la sentencia recurrida disposiciones contradictorias, es decir, manifiestamente incompatibles, según así resulta de mantener el fallo de la primera instancia con respecto a todas las partes demandadas menos una «Acción Inmobiliaria Financiera, S. A.», con la consecuencia insostenible de ser ciertas y al tiempo falsas las declaraciones y nulidades acordadas, según acepción de personas, es decir, válidas para unas y nulas para la sociedad absuelta, precisamente de la misma

finca y de sus dos inscripciones o dobles asientos, con la infracción por inaplicación subsiguiente del art. 1261, 2.º del C. Civ. (necesidad de objeto en el contrato) derivada de, luego de mantenerse la nulidad de los títulos y asientos de los causahabientes de la entidad «Acción Inmobiliaria Financiera, S. A.», absolver a ésta en cuanto a los efectos de esa nulidad relativa a su titularidad e inscripción de la finca cuestionada, tal como se razona e indica en el ordinal 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., y por lo que se refiere a la incongruencia resultante, en los motivos segundo y tercero, que denuncian la violación del art. 359 de dicha Ley por la misma vía.

Que lo expuesto basta para sin necesidad de prolijos razonamientos, estimar los motivos denunciados, en especial el primero, por ser manifiesta la clara contradicción e incompatibilidad de los términos del fallo de la sentencia recurrida oposición no sólo lógica, sino pragmática, es decir, con efectos en la realidad jurídica en la que los derechos han de ejercitarse y disfrutarse con la nitidez precisa para evitar la discordia, eficacia aquí evidentemente imposible si se mantuviera una declaración exclusiva de propiedad a favor de una parte, no «erga omnes» —como es condición del dominio: art. 348 del C. Civ.— son sólo en contra de unos causahabientes precisamente de otra parte a la que no se le niega la propiedad sobre la misma cosa, con la consecuencia de reconocer a dos personas su propiedad total y exclusiva, circunstancias que, además imposibilitarían la ejecución del fallo, que es otra de las notas que reiterada jurisprudencia recoge al tratar de esta materia —SS. de 9 febrero 1962, 13 mayo 1962, 13 noviembre 1969, 18 octubre 1982—.

8. PROCESO DE REVISIÓN

MOTIVO DE MAQUINACIÓN FRAUDULENTE.

S 21 febrero 1983 (RA 1064)

En juicio de desahucio se interesó se emplazara a la Sociedad demandada en las personas de dos agentes representantes suyos, por resultar desconocido cualquier otro posible destinatario.

CONSIDERANDO: Que si la legitimación activa y pasiva en el proceso de desahucio viene determinada por el contrato de arrendamiento, según la jurisprudencia tiene declarado con reiteración —SS. de 30 abril, 27 junio y 30 octubre 1957, 8 noviembre 1958, 8 mayo 1961, 25 octubre 1962, 7 diciembre 1965 y 10 marzo 1970—, claro es que las consecuencias del incumplimiento de la primordial obligación que alcanza el arrendatario —pago del precio— pueden ser planteadas frente a quien contrató la locación como representante y en tal preciso concepto es llamado también al litigio, por lo que manifiestamente no puede imputarse arteria ni la utilización de medios engañosos al arrendador por el hecho de dirigir su demanda contra da Sociedad arrendataria, interesando su citación en la persona de quien como apoderado había celebrado el contrato y continuaba ostentando la representación de la Compañía, como así se desprende también de los principios informadores del art. 1574 de la L. E. Civ., puesto que la resultancia probatoria demuestra que «S. L., S. A.» no contaba con Agente apoderado, con domicilio en Tuy, ni está acreditado que durante la vigencia del arrendamiento el titular de la finca haya tenido trato con don Baudilio V. o don José Luis V., como representante de la Sociedad; y en otro orden no se oculta que la pasividad del llamado al juicio de desahucio como contratante apoderado de la arrendataria, condiciones que innegablemente le convenían, podrá entrañar una negligencia grave cuya re-

percusión ha de limitarse al campo del mandato representativo que liga a don Porfirio G. G. y a «S. L., S. A.», cuestión por entero ajena al arrendador cuando no hay en lo actuado elemento demostrativo en que poder basar la hipótesis de una conducta desleal de aquél debida a fraude colusivo con el otro sujeto del arrendamiento, a todo lo cual ha de añadirse que según ya dictó esta Sala en S. de 2 octubre 1982, la presunta maquinación y hasta el mismo juicio de desalojo quedarían sin objeto posible de haber realizado la arrendataria la consignación judicial de las rentas en cuyo impago se sustentó la acción resolutoria entablada, que es el medio legalmente arbitrario para la liberación del deudor que actuó diligentemente el deber de realizar la prestación, venciendo la mora accipiendi.

MOTIVO DE MAQUINACIÓN FRAUDULENTE.

S 17 enero 1983 (RA 246)

El actor consigue que el proceso se siga en rebeldía, mediante demandar a unas personas (que resultaron ya fallecidas) y sus desconocidos herederos, indicando además que desconocía cualquier domicilio en que pudiera practicarse el emplazamiento.

CONSIDERANDO: Que de lo expuesto resulta que, aparte de no ser racional admitir que don Francisco S. M. en su calidad de propietario de dos partes indivisas de una casa desconociera, habida cuenta de la circunstancia de que era administrada en nombre de todos los condóminos por un único administrador, quien era el propietario de la otra tercera parte indivisa, ya que al rendírsele una cuenta parcial de ingresos y gastos, la misma había de corresponderse con la, también, parcial entregada a su condómino, es igualmente insoslayable realidad que con el empleo de una mínima diligencia —con alcance incluso más limitado que la que es exigible a un «buen pa-

dre de familia»— habría averiguado sin dificultad e incluso sin gasto alguno el nombre y domicilio de la persona a quien era imprescindible demandar como heredera de don José María G. G. y titular actual de los derechos de éste y, en su día, su hermana doña Carmen habían ostentado sobre la tercera parte indivisa del inmueble embargada a su instancia, medida cautelar sobre cuya procedencia no es ocioso dejar denotado era desproporcionada dada la cuantía de lo reclamado y ser más acorde con la legalidad —artículo 1447 de la L. Pro. Civ.— actuar la traba sobre las rentas que constituían el rendimiento de la finca afectada, siendo por ello obvia la conclusión de que si el señor S. interesó la citación por edictos a que se ha hecho mención lo fue con la finalidad conseguida de que, al no enterarse la aquí recurrente del planteamiento de la demanda, se sustanciase el Juicio en su rebeldía, obteniendo una sentencia favorable sin que los demandados comparecieran a defender sus posibles derechos, actuación que, por constituir una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que hace referencia el núm. 4 del art. 1796 de la L. E. Civ., determina que el recurso deba prosperar.

CONTROL DEL INTERÉS EN PRETENDER LA REVISIÓN.

S 17 enero 1983 (RA 247)

Se interpone demanda de revisión por el descubrimiento de unos documentos que habrían servido para una maquinación fraudulenta cuyo resultado habría sido la estimación de la reivindicatoria interpuesta por vía reconvenzional; al tiempo que la reivindicatoria del actor era desestimada.

CONSIDERANDOS: Que en la demanda de Revisión, según resulta de sus alegatos, lo que se cuestiona es la validez y eficacia del título dominical de los demandados y, concretamente,

las argumentaciones de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia en las que se establecen las conclusiones de la operancia de dicho título y su concordancia en la realidad con la finca por él amparado, es decir, aquellos razonamientos que hacen referencia al hecho de que el Arzobispado de Tarragona en 23 abril 1963 transmitió a los demandados finca que era de su propiedad y de la que podía disponer, así como a los de que tal finca, inscrita en el Registro de la Propiedad, había sido plenamente identificada al coincidir con la realidad física el título que amparaba su dominio, pero no desvirtuando en forma alguna tales alegatos lo que es contenido sustancial de las consideraciones segunda a octava de la sentencia del Juzgado y de la primera a cuarta de la sentencia de la Audiencia, en las que al analizar los dos primeros requisitos que deben concurrir para el éxito de la acción reivindicatoria se establece la doble y terminante conclusión de que el título esgrimido por el actor señor P., dadas las circunstancias que concurrieron en su creación, en manera alguna puede amparar las pretensiones por el mismo ejercitadas, aseverándose, igualmente, en las meritadas sentencias de primero y segundo grado, que no habían podido ser identificadas ni la finca reivindicada ni las primitivas parcelas de terreno de la señora R. y del señor P., de cuya agrupación había nacido la «finca matriz» de la que fue segregada la hoy titulada e inscrita a favor del actor referido.

Que de lo argumentado en el razonamiento que antecede resulta que aún en el supuesto de que prosperara el recurso de Revisión ahora analizado, negada al actor la validez del título dominical que sirvió de base a su demanda, así como la identificación en la realidad física de la finca que tal título ampara, fundamentación de la sentencia firme recurrida a la que no puede afectar la aparición de los dos documentos en que el aquí recurrente apoya su pretensión revisoria, el mis-

mo, al efecto de que prosperara la pretensión reivindicatoria en su día entablada, carece del interés jurídicamente protegible que, como han sancionado, entre otras, la sentencia de esta Sala de 3 junio 1969, es requisito indispensable para poner en juego la tutela mediante la que el Estado protege el Orden Jurídico privado a través de la actuación de los Tribunales de Justicia, pues dicha tutela no es dable concedérsela a quien ejercita una acción reivindicatoria con ausencia de los requisitos de demostración de su dominio e identificación de lo reclamado, lo que, como ya ha sido denotado, es el caso del señor P. respecto a las pretensiones de su demanda, por lo que de no haber entablado, a su vez, los demandados y aquí recurridos de revisión una acción reivindicatoria contra el mismo, con carácter reconvenional, se haría innecesario el ulterior examen de la virtualidad del título de los referidos demandados a que el recurso se contrae.

MOTIVO MAQUINACIÓN FRAUDULENTA.

S 18 enero 1983 (RA 250)

A la posible maquinación fraudulenta por ocultación de domicilio, se une la ineficacia de varios emplazamientos y notificaciones, lo que permite al demandado en revisión alegar que los remedios frente a la ineficacia debieron utilizarse preferentemente a la revisión.

CONSIDERANDOS: Que, si bien se mira, la doctrina de esta Sala ha tratado de evidenciar es que la santidad de la cosa juzgada en que principalmente se manifiesta la potestad jurisdiccional y por la que se logra la seguridad jurídica, no es incompatible con un «iudicium rescindens» enderezado no tanto contra la cosa juzgada cuanto contra el antecedente del juicio en que aparentemente asentaba y de ahí el que se exija para la viabilidad de la revisión que la sentencia anteco-

dente sea firme no en el sentido de que previamente hayan debido agotarse por la parte que intenta la revisión los recursos ordinarios y extraordinarios sino en cuanto tales recursos no se hallen aún a su alcance en el momento en que acude, en tal hipótesis prematuramente, a la revisión, que debe ser rechazada por no ser todavía firme la sentencia antecedente, y sin que sea de exigir a la parte que se acoge a la revisión, todavía menos que el haber seguido los recursos a su alcance el seguimiento de otros procedimientos enderezados a la eliminación de las irregularidades procesales de que fluye, en su caso, la causa de revisión, como enseña de algún modo la sentencia de 17 marzo 1977, porque ni siquiera el haber de agotar los recursos todavía a su alcance al tiempo de acudir a la revisión, cuanto menos si han caducado, es intercambiable con la posibilidad de acudir a otro procedimiento, por constituir esto último un derecho que puede facultativamente ejercitar o no laparte pero que puede permanecer sin ejercicio, sin mengua de la revisión, por excepcional además de extraordinaria que sea esta última; decantándose la revisión hacia la configuración de su fundamento, como conducta definida principal cuando no exclusivamente por obstar la correcta consecución de una cosa juzgada, a la que vicia en su componente fáctico y así se manifiesta numerosas veces en conductas inspiradas en la eliminación del contradictorio y de ahí que, como dice la sentencia de 6 noviembre 1979, en el concepto maquinación fraudulenta a los fines de la revisión ha de entenderse comprendida cualquier conducta encaminada a dificultar al demandado el planteamiento del juicio o a ocultárselo, con el efecto de obstaculizar o impedir su defensa.

Que la aplicación al caso puntualizado en el primero de los considerandos de la doctrina recordada en los siguientes, conduce a la estimación de la demanda pues, en efecto, habida

cuenta de la publicidad que el Registro Mercantil significa respecto del domicilio de las Sociedades de obligada registración como es el caso de las de Responsabilidad Limitada, clase a la que pertenece la demandante, art. 5.º de la L. de 17 julio 1953, en relación con el 120 del Reglamento del Registro Mercantil, y máxime habiéndose acudido a sus libros para averiguar por los mismos que las actividades origen de la deuda reclamada («overbooking» del Hotel Victoria, que determinó el envío de clientes en régimen de alojamiento y desayuno al Hotel «Trovador», propiedad de la parte demandante del juicio, en diversas fechas del año 1974), eran atribuibles, no «iure proprio» a María de las Nieves A. L. y C., demandada de conciliación, sino a la Sociedad de Responsabilidad limitada de que era Administrador único desde el 9 diciembre 1978, sociedad que tenía su domicilio social en dicho Hotel Victoria, calle del Puerto Viejo, San Borondón, desde que allí lo dejó establecido el acuerdo social objeto de la escritura pública de 21 marzo 1969 que causó la inscripción 4.ª de fecha 9 mayo 1969, no puede menos que concluirse que ello obedeció al propósito de ocultarse a la dicha Sociedad la existencia de la reclamación judicial, lo que se efectuó no para dar un paso a un llamamiento por edictos, sino a un emplazamiento nulo a todas luces ya que sí, como consta en la diligencia de 12 noviembre 1979, folio 29, el recepcionista del Hotel Valle-Mar en esa fecha (que no se nombra) manifestó que la empresa no residía en el establecimiento y se ignoraba su domicilio, tales manifestaciones debieron seguirse, no, como se hizo, de la reiteración del emplazamiento el 30 noviembre 1979, vuelto del folio 29, sino de su efectuación mediante la cédula fijada en el sitio público de costumbre e inserta en el Boletín Oficial de la Provincia, según lo previsto en los arts. 269, 270 y 271 de la L. E. Civ., de no señalarse por la parte demandante en el juicio, como se le tenía ordenado en la providencia de 13 no-

viembre 1979, folio 29, notificada en su fecha, el verdadero domicilio de la Sociedad demandada: irregularidad en la que se volvió a incidir en trance de haber de efectuarse la notificación personal de la sentencia, según tenía solicitado la misma parte conforme al art. 769 y para los fines del 771, la que ya no podía verificarse en el Hotel Valle-Mar con vista de las manifestaciones del folio 29 acabadas de recordar y valorar, máxime que tal notificación personal tampoco podía hacerse sino al órgano social y en todo caso a «criado» o «vecino» (art. 268); y si bien la falta de notificación unida a la noticia de la existencia del juicio (que no podría llevarse —y de ello la inoperancia de la alegada caducidad— a fecha anterior a la de la diligencia de 6 marzo 1981, folio 91, de no haber señalado la demanda, origen de las presentes actuaciones, dejando con ello cumplido el requisito de la determinación del día, la más temprana del 21 febrero 1981 que en realidad corresponde a la solicitud y acuerdo, folio 90 y su vuelto, de la notificación personal del embargo trabado), podría haber conducido a que la parte aquí demandante se personara, como lo hizo, folio 95, no para pedir testimonio de la sentencia (o no sólo para ello) sino para instar la nulidad de la diligencia de notificación de la misma y, a partir de la diligencia de notificación regular y válida así obtenida, utilizar contra ella el recurso de apelación y el de casación si procedía, dentro del término legal, ya antes se ha considerado que la firmeza de la sentencia, que es requisito inexcusable de la revisión, no es intercambiable con la posibilidad de acudir a otro procedimiento, que, en el caso, hubiera sido el de nulidad de actuaciones y en concreto de la notificación de la sentencia firme que, ni habla sido notificada personalmente por modo válido, ni tampoco de la manera prevista en el art. 769 de la L. E. Civ. para el caso de proceso contumacial y a salvo la posibilidad de que se solicite la notificación personal.

9. PROCESOS ORDINARIOS Y ESPECIALES

RETRACTO: OPOSICIÓN A TRAVÉS DE PLANTEAMIENTO DE UN INCIDENTE.

S 15 febrero 1983 (RA 1035)

Presentada demanda de retracto, se oponen los demandados mediante el planteamiento de una demanda incidental que suscita la insuficiente consignación o afianzamiento del precio y la falta de titulación en los retractos.

CONSIDERANDO: Que el tercero y último de los motivos de casación, articulado al amparo del ordinal 6.º del art. 1692 de la L. E. Civ., denunciando un supuesto abuso en el ejercicio de la jurisdicción, por haber conocido el juzgador de instancia en trámite incidental, del tema de fondo del juicio de retracto de comuneros, ha de correr pareja suerte desestimatoria, a la vista, no sólo de que en él se denuncian simultáneamente la interpretación errónea de los arts. 741, 742 y 745 de la L. E. Civ. y la violación por inaplicación del art. 744 de esta misma Ley lo que por contrariar el principio de claridad, exigido por el art. 1720, párr. 2.º del propio Ordenamiento, provoca la inadmisión prevista en el ap. 4.º de 1729, inadmisión que en este trámite se transforma en desestimación, sino, además, porque aquel ap. 6.º del art. 1692 de la L. Pro. Civ. está reservado según su texto literal a los supuestos de incompetencia por razón de materia, tema éste que no aparece por ninguna parte en el presente caso y motivo en el que a mayor abundamiento se cuestiona haber decidido en el procedimiento incidental previsto en el art. 741 y concordantes de la L. E. Civ. la oposición al curso de la demanda de retracto por falta del requisito del ap. 2.º del art. 1618 de la L. E. Civ. después de que el proveído del juez «a quo» en que se acordó abrir el procedimiento incidental previo con el designio indicado, fue consentido por la parte ahora recurrente.

10. ARBITRAJE

EMISIÓN DEL LAUDO FUERA DE PLAZO POR PRÓRROGA INVÁLIDA.

S 4 febrero 1983 (RA 807)

El juez, que había debido formalizar judicialmente el compromiso, concede prórroga del plazo para emitir el laudo a petición de los árbitros.

CONSIDERANDOS: Que consta debidamente acreditado que una de las partes contrayentes del compromiso —luego, y aquí, la recurrida— solicitó del juzgado de 1.ª instancia de Xátiva la formalización judicial del arbitraje de equidad y que, acordado por auto de 10 marzo 1981 con las declaraciones necesarias —art. 10 de la Ley de 22 diciembre 1953, sobre arbitraje— y nombramiento de tres jueces árbitros de equidad, les fue marcado a éstos el plazo de un mes para dictar la oportuna resolución —prorrogable por voluntad de las partes—, plazo que fue prorrogado por el juez formalizador a petición de los tres árbitros, por veinte días más, según oportuna providencia debidamente notificada a las partes, sin que ninguna de las cuales impugnara tal resolución y consiguiendo prórroga.

Que dictado el laudo por los susodichos árbitros de equidad en el plazo judicialmente prorrogado y, condenada la parte que ahora recurre al abono a la otra de la suma de 9.688.516 ptas., se interpone contra aquel laudo el presente recurso de nulidad fundado en las dos primeras causas del núm. 3.º del art. 1691 de la L. E. Civ., en relación con el art. 30 de la Ley de arbitrajes, es decir, haberse dictado la sentencia fuera del plazo señalado en el compromiso (motivo primero), así como el de no haber resuelto los árbitros puntos sometidos a su decisión, concepto negativo (la ley habla de resolver puntos no sometidos a decisión) que según el recurrente es autorizado por la doctrina de esta Sala en S. de 8 octubre 1977 (motivo segundo).

Que dictado el laudo, como se ha dicho, dentro del plazo prorrogado por el juez, cumple sólo decidir ahora acerca de la eficacia o ineficacia (como pretende la Cooperativa recurrente) de tal prórroga, cuestión que ha de resolverse en contra de esa pretendida nulidad —y la consiguiente del laudo— por las siguientes razones: a) porque si bien es cierto que la prórroga no fue solicitada por las partes, sino por los árbitros, no puede olvidarse que se está ante un supuesto de juicio arbitral nacido tanto de la voluntad de los interesados que pactaron el compromiso, como de una decisión judicial sancionadora de esa voluntad contractual, ante la resistencia injustificada de uno de ellos a su cumplimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la ley sobre arbitrajes, supuesto que, obviamente, excluye la necesidad o exigencia de escritura pública, como también excluye por innecesaria la escritura para hacer uso de una prórroga concedida judicialmente, según respecto a este punto se pronunció la S. de 11 octubre 1968, ya que es la autoridad judicial la que —según sentencia de 6 febrero 1962 y 20 noviembre 1963— la que ha de fijar coactivamente los requisitos y presupuestos del laudo en cuanto a tema y plazo, sin que pueda entenderse, como dijo la sentencia de 23 noviembre 1960, que las facultades del juez terminen con el auto acordando la formalización del compromiso o que carezca de potestad para acordar sobre las consecuencias del mismo, entre las cuales, evidentemente, puede figurar la de concesión de prórroga para decidir; y b) porque otorgada la prórroga por petición de los árbitros, tal prórroga debidamente notificada a las partes no fue impugnada por ninguna de ellas, lo que supone una aceptación o tácita ratificación de una facultad que bien puede entenderse comprendida en el mandato expreso y general de fallar en equidad el tema propuesto, tal como lo menos se comprende en lo más, y realmente explicable y justificable en armonía con el método y fin de esa

jurisdicción privada, es decir, el de facilitar la resolución reposada y equitativa del problema, a lo que la prórroga naturalmente debía contribuir, por lo que no puede ahora justificarse la protesta del recurrente en contradicción con su anterior aquietamiento, so pena de violar el principio de la buena fe (art. 7.º, 1.º C. Civ.).

NULIDAD POR EMISIÓN DEL LAUDO FUERA DE PLAZO.

S 2 febrero 1983 (RA 799)

La escritura estableciendo la prórroga se otorgó una vez vencido el plazo inicial. La cuestión se centra en el día a quo del plazo de prórroga.

CONSIDERANDOS: Que en atención a su naturaleza negocial (art. 12 de la Ley citada), es claro que si el otorgamiento del compromiso obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado, de acuerdo con las reglas generales de la contratación (art. 18), del mismo modo serán aplicables en lo pertinente, las pautas legales sobre la interpretación en materia contractual, y por lo tanto la contenida en el párr. 2.º del art. 128 que contempla la prevalencia de la intención evidente de los intervinientes sobre la literalidad de las palabras utilizadas, de la que habrá que prescindirse cuando el propio contexto de lo pactado pone de manifiesto un querer de los contrastes común y distinto del que se desprende del vocablo erróneamente empleado; y por lo que a la prórroga importa cabe señalar que si bien es válida la concedida por todos los compromitentes, guardando las solemnidades legales, aún después de haber transcurrido el plazo acordado en la escritura de compromiso —SS. de 12 diciembre de 1964 y 7 febrero de 1968—, prorrogar un término no es conceder otro independiente de él, sino dotarse de una amplitud mayor de la que antes tenía, de suerte que uno y otra vienen sin solución de continuidad entre ellos a

constituir un solo y único lapso temporal, durante cuya vigencia habrá de hacerse lo adecuado para cumplir la finalidad de su concesión y establecimiento, según declaró la sentencia de 28 mayo 1940.

Que los dos primeros motivos del recurso, amparados en la causa tercera del art. 1691 de la L. E. Civ., conforme a la remisión dispuesta en el art. 30 de la Ley especial, aducen que el laudo emitido por el árbitro de equidad don Juan Manuel P. Q., lo fue después de haber expirado el plazo señalado en el compromiso, por lo que se han infringido los arts. 18 y 25, párr. 1.º, en relación con el 17, núm. 4.º, de dicha Ley de 22 de diciembre 1953; alegación que ha de ser valorada a la luz de los siguientes datos, de manifiesta relevancia: 1.º Según establece la cláusula 6.ª de la escritura de compromiso de 18 junio 1980 para arbitraje de equidad, «el plazo o término que el referido árbitro tendrá para emitir su laudo es el de tres meses a partir de su aceptación», y como ésta se produjo en la misma data, ya que así lo acredita la diligencia notarial extendida al efecto, es evidente que por aplicación de lo indicado sobre la exclusión del día inicial «dies a quo non computatur in termino», la inclusión en la cuenta de los días inhábiles y la exigencia legal de efectuar el cómputo de fecha a fecha (art. 5.º del C. Civ.), el tiempo concedido feneció el 19 septiembre siguiente; 2.º La prórroga otorgada por escritura de 3 octubre, aunque válida como queda razonado, se hace mediante locuciones inequívocas «significando que dicha prórroga será de la mitad el término previamente convenido», con lo que es patente que si el plazo inicial concluido el 19 de septiembre, se añade un mes y quince días, el total resultante de la suma de ambos, debidamente enlazados sin soluciones de continuidad, como fecha final el 3 noviembre del propio año; 3.º La manifestación vertida en la escritura de prórroga, a modo de reiteración esclarecedora e

innecesaria, de que «por ende, expirara (el término) el próximo día 3 de diciembre 1980», no pasa de constituir un material error, demostrado por la evidencia intencional común de los contratantes, obtenida mediante la indispensable utilización del canon hermenéutico de la totalidad de lo estipulado (art. 1285 del C. Civ.), es decir, atendiendo a la armónica exégesis de las escrituras de compromiso y prórroga, que claramente denotan el deseo de los contratantes de hacer referencia al mes de noviembre, de suerte que la mención del siguiente (que no guarda hilación alguna con el sentido de la declaración) obedeció a un «lapsus calami», en abierta pugna con las frases que le anteceden; 4.º La escritura extendida al efecto proclama que el árbitro designado emitió el laudo con fecha 27 noviembre 1980, y por lo tanto 24 días después de haber expirado el plazo y la prórroga concedidos para la válida decisión.

11. EJECUCION

RECURSO DE CASACION POR RESOLUCION DE PUNTOS NO CONTROVERTIDOS.

S 11 febrero 1983 (RA 962)

En un menor cuantía, se había pretendido, accesoriamente, condena a indemnización por daños sufridos a causa de la demora en la entrega de ciertos inmuebles. Al liquidarla el Juzgado aplicó el módulo de determinada renta por mes de demora, pero la Audiencia entendió que dicha cantidad debía capitalizarse, resultando una suma de 1.176.000 ptas.

CONSIDERANDOS: Que aun cuando el Derecho Procesal Civil se inspire entre otros en el principio dispositivo es lo cierto que por su naturaleza pertenece a la esfera del «ius publicum» lo que motiva que las facultades concedidas a las partes en orden a su iniciación, continuación, etc., tengan ciertos límites, y estando la competencia

objetiva por razón de la materia e incluso la propia fijación de la cuantía de la litis fuera de la esfera de disposición de las partes si de ello pueden derivar alteraciones en el «iter» del proceso, especialmente en orden a la esfera impugnativa, cuando como acontece en el presente caso resulta patente que los daños y perjuicios cuya indemnización solicita el actor el el súplico de la demanda podían superar el «quantum» por él fijado como tope del juicio, dicha determinación no impide que advertido por el juzgador tal error deba de oficio corregirlo, al menos en la medida de lo posible y sin menoscabo del citado principio dispositivo y, por tanto, sin cambiar el tipo de juicio bien que sí a los efectos del art. 1694, núm. 1.º, de la Ley Adjetiva.

Que por otra parte, planteada esta impugnación sobre el art. 1695 de la Ley Adjetiva, evidente resulta que el presupuesto finalístico de que ha de partirse consiste, como tiene establecido la doctrina de esta Sala, en evitar desviaciones de poder por parte de los Tribunales y consiguientemente mantener la integridad de los fallos definitivos —SS. de 4 mayo 1896, 11 julio 1908, 21 febrero 1929, 7 julio 1934, 14 octubre 1961, 25 enero y 18 diciembre 1962, 14 marzo 1963, 20 abril 1966, 7 octubre 1970—, lo cual implica que mediante dicho precepto sólo pueden atacarse resoluciones dictadas en ejecución de sentencias ya definitivas y únicamente a través de los dos únicos motivos que en el mismo se establecen, lo cual da lugar a que haya de superarse en lo que a su tratamiento jurídico formal se refiere de la normativa propia del recurso de casación que se regula en el art. 1692 de la L. E. Civ. —autos de 10 marzo 1966, 21 octubre 1969 y 7 octubre 1970—.

Que siendo por tanto esencial para este recurso determinar si la resolución impugnada ha incidido o no en alguno de los supuestos que contempla el art. 1695 de la Ley de Ritos, se hace preciso examinar si ello ha efectiva-

mente acontecido como manifiesta el recurrente y estudiada la sentencia definitiva objeto de ejecución, puede observarse a través de lo que se dejó indicado en el primero de estos considerandos, que en ella el único módulo señalado a tales efectos es de carácter fáctico-pecuario más no temporal y consistía en fijar el alquiler de un local y vivienda similares a las que ocupaba el actor, para una vez realizado esto a través de una simple operación aritmética de restar de la cifra así obtenida la renta anual que venía satisfaciendo el actor, señalar el «quantum» indemnizatorio.

Que el auto recurrido, si bien parte de referido módulo y admite como renta base anual la fijada por el Juzgador de Primera Instancia; agrega a la misma el importe de su capitalización, extremo éste que no comprendido en la regla o canon marcado da lugar a una indemnización de 1.176.000 ptas., lo cual no sólo excede del tope marcado por el propio actor sino que supera el señalado en el art. 484 de la L. E. Civ. para los juicios de menor cuantía.

Que por todo lo expuesto en los precedentes considerandos el motivo primero del recurso fundado en que el Tribunal de Apelación ha resuelto puntos no controvertidos en el pleito debe ser estimado, ya que se ha incluido en el auto recurrido un extremo no discutido en el juicio ahora en trance de ejecución ni acordado en la sentencia que puso término al mismo, lo cual sitúa a dicha resolución dentro de los cauces del motivo primero de impugnación indicado.

TERCERÍA DE DOMINIO: TIEMPO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

S 26 enero 1983 (RA 388)

La demanda de tercería fue presentada el 10 de septiembre de 1975, siendo suspendido su trámite hasta la resolución sobre el beneficio de pobreza solicitado. Continuado el proceso prin-

cipal, fue inadmítida la tercería, pues entre tanto estuvo suspendida se consumó en la ejecución la venta del inmueble.

CONSIDERANDOS: Que concurrentes todos los presupuestos exigidos para la viabilidad de la acción entablada, cuya realidad la Sala proclama sin controversia por parte de los demandados, esto es, pendencia del proceso de ejecución en el cual el de tercería se inserta, embargo de un bien que no pertenece al ejecutado, justificación dominical cumplida mediante justo título contenido en documento público y oportunidad de la demanda, pues al tiempo de su interposición no había sido otorgada la escritura de venta de la finca, no cabe desconocer que la pertenencia de los bienes al deudor constituye requisito necesario para la eficacia del embargo, puesto que sólo su patrimonio viene sujeto a la responsabilidad determinada por el incumplimiento de las obligaciones (art. 1911 del C. Civ.), y que siendo la tercería de dominio el cauce procesal idóneo arbitrado por el legislador para combatir el embargo indebido, liberando el bien injustamente trabado y sus trayéndolo a la ejecución, es manifiesto que si tal designio constituye su fin específico impugnando para ello la afección acordada por el Ejecutor, efecto peculiar de la demanda habrá de ser la paralización del proceso en la fase de apremio en cuanto a la cosa objeto de la tercería, tal como ordena categóricamente el art. 1535 de la Ley procesal, y por lo tanto tendrá que ser detenida la realización forzosa, sin olvidar de otro lado que la admisibilidad o inadmisibilidad de aquel escrito básico habrá de ser dilucidada atendiendo a la fecha de presentación y no a la del proveído del Juzgado sobre ella (S. de 20 mayo 1916), de todo lo cual se desprende que la inobservancia de lo preceptivamente dispuesto en dicho mandato normativo acerca de la suspensión de las actividades ejecutivas una vez presentada la demanda en tiempo hábil a tenor del art. 1533,

no puede significar en manera alguna la validez de un acto viciado por inexistencia del elemento objetivo de la licitud del embargo y por lo tanto de la ejecución seguida, cual es la pertenencia efectiva al ejecutado del bien sujeto a traba y objeto de la tercería.

Que lo razonado conduce, según es indeclinable, a la estimación de los motivos 4.º, 5.º y 6.º del recurso, que por la vía del núm. 1.º del art. 1692 de la Ley Procesal denuncian violación, por no aplicación, de los arts. 348, 349 y 446 del C. Civ., respectivamente, pues en efecto tales normas resultan vulneradas al desconocer la sentencia recurrida las facultades que integran el dominio y el derecho que a todo titular del mismo asiste para reivindicar la cosa, de la que se le priva en proceso de ejecución seguido por deuda ajena, determinante de la desposesión de la nuda propietario y de la usufructuaria; como también ha sido vulnerado el art. 6, párr. 3.º, de dicho Cuerpo legal, cuya violación aduce el motivo 8.º del recurso con la misma apoyatura ritual, ya que ciertamente, al no ser suspendido el procedimiento de apremio ha sido infringida una norma imperativa (art. 1535 de la L. E. Civ.) y tal contradicción entre el mandato legal y el acto irregular desata la sanción de nulidad de lo indebidamente acordado sobre la realización forzosa de una finca ajena al patrimonio del ejecutado, después de presentada la demanda de tercería de dominio, sin que ello suponga prejuzgar solución alguna sobre los problemas que puedan surgir respecto a la eficacia de las adquisiciones a «non dominio» o de la posible protección del comprador con arreglo al principio de fe pública registral, cuestiones no suscitadas en este proceso, donde no figura como parte el adquirente don Avelino M. R.

12. QUIEBRA

INADMISIBILIDAD DE UNA ACUMULACIÓN TRAS LA CONCLUSIÓN POR CONVENIO.

S 22 febrero 1983 (RA 1067)

Se pretende la acumulación a una quiebra de un mayor cuantía en que se perseguía la resolución de un arrendamiento con opción de compra. La quiebra había concluido por convenio.

CONSIDERANDO: Que si bien la forma normal de terminación del juicio de quiebra es la liquidación del patrimonio del deudor y el pago a los acreedores hasta donde alcance el producto obtenido con aquella liquidación, sin embargo, existe otro modo de finalización, que puede calificarse de especial y que está constituido por el convenio celebrado entre el quebrado y sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial, con la finalidad de evitar las graves consecuencias que para el deudor y para sus acreedores lleva aparejada la venta forzosa de un patrimonio en relación con los gastos del proceso y con la depreciación de los bienes enajenados en subasta pública, y este convenio al producir la cesación del juicio universal produce, como lógica consecuencia, la desaparición del soporte procesal en el que la acumulación puede decretarse; doctrina que aplicada al caso de litis conduce a declarar la inadecuación a Derecho del auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Granada acordando la acumulación a un procedimiento de quiebra, que había terminado, del juicio de mayor cuantía seguido en el Juzgado de Madrid número 14; sin que se oponga a lo anteriormente expuesto la posibilidad, contemplada por el art. 906 del C. Com., de que cualquiera de los acreedores pueda pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra en la hipótesis del incumplimiento del convenio por el deudor, en primer lugar, porque para ello es necesario que un acreedor pida tal rescisión y la continuación del procedimiento, y en segundo término, porque dicha continuación presupone que el juicio estaba paralizado o cerrado y que se procede a su reapertura, ya que no puede sos-

tenerse que la quiebra continúa vigente cuando, a tenor del art. 1160 del C. Com. de 1829, aprobado el convenio los síndicos y el depositario, en su caso, deben proceder a hacer entrega al quebrado por ante el Comisario de todos los bienes, efectos, libros y papeles, rindiéndole cuenta de su administración, y cuando el propio convenio le puede autorizar, incluso, para continuar al frente de su establecimiento mercantil según el art. 13-2.º del C. Com. de 1885.

13. COSTAS

LITISEXPENSAS.

S 8 febrero 1983 (RA 866)

Concluido el proceso matrimonial, y en período de «ejecución de sentencia», la esposa pide litisexpensas para actividades procesales relacionadas con la ejecución.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia que condena al recurrente a satisfacer a su esposa en concepto de litis expensas la cantidad de 275.000 pesetas para atender a los gastos que ocasione: a) el proceso de mayor cuantía seguido en Barcelona a instancia del marido con la pretensión de que se declare que los bienes conyugales son de su exclusiva propiedad; b) el incidente de incompetencia de jurisdicción planteado en dicho proceso por la esposa; y c) la ejecución de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Valencia que declaró la separación de los cónyuges por adulterio del marido, ejecución que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia, es objeto de impugnación en el presente recurso, denunciándose en el primer motivo de casación, formulado al amparo del núm. 1.º del art. 1692, la infracción, por inaplicación, del artículo 81 en relación con el art. 68, núm. 6, ambos del C. Civ., que atribuyen al Juez civil la competencia para acordar durante la sustanciación del

proceso de separación matrimonial entre otras medidas, el abono de litis expensas; infracción que apoya en el hecho de que la reclamación de tales litis expensas se planteó y se concedieron en fase de ejecución de la sentencia eclesiástica firme de separación y no durante la tramitación del correspondiente proceso en contra de lo dispuesto en el último de los preceptos citados; motivo que debe ser rechazado si se tiene en cuenta que la ejecución de una sentencia no inicia un nuevo proceso —la sentencia de esta Sala de 20 abril declara que la «actio iudicati» por su finalidad meramente ejecutiva, como encaminada a perseguir el cumplimiento de un fallo firme, es de inadecuado ejercicio en proceso distinto al en que la sentencia condenatoria se dictó— sino una nueva etapa de actividad jurisdiccional, dentro del mismo proceso, dirigida a la efectividad de la declaración de voluntad contenida en la resolución judicial, por lo que es indudable que el derecho a obtener litis expensas reconocido en el art. 68-6.º del C. Civ. «durante la sustanciación del proceso» comprende no sólo la fase cognoscitiva del juicio, sino, también, la fase de ejecución de la separación matrimonial decretada, y dentro de ella la separación de los bienes de la sociedad conyugal, como dispone el auto del Juzgado acordando la ejecución de la sentencia eclesiástica, solución que viene, asimismo, impuesta para evitar una verdadera denegación de justicia en casos como el presente en que los muy importantes bienes conyugales, sin prejuzgar si son o no gananciales, permanecen en posesión del marido, quien tiene planteado el juicio de mayor cuantía aludido anteriormente con la pretensión de que se declare que son de su propiedad exclusiva, sin que, por otra parte, sean de temer abusos en esta materia dado que el derecho a litis expensas está sometido a los que en cada caso resuelvan los Tribunales, que deben apreciar para concederlas o denegarlas, la necesidad, naturaleza y extensión del gasto.

CONSTITUCIONAL

PABLO SAAVEDRA GALLO

Profesor Ayudante de Derecho Procesal
U.N.E.D.

SUMARIO:

Sección Derecho Procesal Constitucional: 1. Recurso de Amparo. — 2. Recurso de inconstitucionalidad. — 3. Cuestión de inconstitucionalidad.

Sección Derecho Constitucional Procesal: 1. Art. 24 de la Constitución: 1.1. Derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales; 1.2. Derecho a un proceso público; 1.3. Eficacia temporal. — 2. El Antejuzicio. — 3. Proceso Contencioso-Administrativo: emplazamiento. — 4. Proceso de Protección de los derechos fundamentales (garantía contenciosa-administrativa. Ley 62/1978): Legitimación. — 5. Eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos. — 6. Recurso de Casación contra sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar.

SECCION DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. RECURSO DE AMPARO

AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PROCEDENTE (ART. 43.1 LOTC)

S 15 noviembre 1982 (Sala 2.ª)
(RA. 256/81)

Cuando el objeto del recurso de amparo fueran las presuntas «violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas dimanantes de decisiones de las Entidades gestoras de la Seguridad Social y en su caso, de los Servicios de la Seguridad Social en sus relaciones con el personal a su servi-

cio, por cuanto, en virtud de una excepción al régimen jurisdiccional común de las Administraciones Públicas, las cuestiones a que den lugar quedan sometidas (...) a la jurisdicción de trabajo», el proceso sustanciado ante esa jurisdicción agota la «vía judicial procedente» prevista en el art. 43.1 de la LOTC.

«Esta cuestión puede surgir por cuanto, de una parte, el artículo 53.2 de la Constitución se refiere a un «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» para la tutela por los Tribunales ordinarios

de los derechos y libertades especialmente protegidos y ni la ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, prevista al respecto, ni el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, que amplía su ámbito de protección, incluyen el derecho fundamental a la igualdad, además de no mencionar la garantía jurisdiccional laboral; y de otra parte, la disposición transitoria segunda, apartado segundo, de la LOTC, que extendió el ámbito del amparo constitucional «a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución», señala como única vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo «la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda (garantía contencioso-administrativa) de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre». En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, en fórmula de la disposición transitoria 2.2 de la LOTC, es evidente que se ha producido una laguna, pues prescindiendo de la cuestión, ya evocada, del amparo constitucional con respecto a las organizaciones económicas o empresariales de titularidad o gestión estatal, a las que cabría añadir las empresas concesionarias de servicios públicos, una interpretación literal de estas disposiciones dejaría fuera del mencionado amparo las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas (...).

A la luz de una consideración global de la institución de amparo constitucional, la laguna así creada debe ser colmada en el sentido de que en éste y análogos casos el proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria puede y debe sustituir a la contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo y agota la «vía judicial procedente» a que se refiere el artículo 43.1 de la LOTC en relación con el 53.2 de la CE; pues ha de entenderse que la

exigencia de recurrir a tal vía responde a que no se desvirtúe el carácter propio de este Tribunal, que no puede invadir la función jurisdiccional ordinaria propia de los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, definida en el artículo 117.3 de la CE y el art. 41.1 de la LOTC. Aquí, las leyes han determinado que la competencia corresponde a las Magistraturas de Trabajo y al Tribunal Central de Trabajo. Se trata, por lo demás, de una interpretación ya acogida en otros procesos llevados a cabo ante este Tribunal: así, en el recurso de amparo 398/81 (fallado el 5 de mayo de 1982, BOE de 18 de mayo), sin que se hubiese suscitado objeción de procedibilidad.»

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS UTILIZABLES DENTRO DE LA VÍA JUDICIAL (ARTÍCULO 44.1.a) LOTC).

S 12 noviembre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 131/82)

El que se prevea otro procedimiento, además del ordinario, «para reclamar el derecho» no tiene trascendencia a los efectos del art. 44.1.a) de la LOTC.

«El reconocimiento de un procedimiento más para reclamar el derecho nada tiene que ver, en sentido técnico, con el agotamiento de la vía de recursos a que se refiere la LOTC; aquél constituye un derecho que puede o no ejercitar la parte y que, de hacerlo, abre un nuevo cauce judicial que debe ser agotado antes de residenciar en sede constitucional el tema; pero que puede ser renunciado porque a nadie se le puede obligar al seguimiento de un nuevo proceso para remediar, en su caso, una violación de un derecho fundamental ocurrido en procedimiento distinto y agotado.»

S 2 diciembre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 197/82)

La interposición y sustanciación del recurso de casación civil no es necesaria para considerar agotada la vía judicial, exigida en el art. 44.1.a de la LOTC.

«Mas sin entrar a debatir, porque sería impertinente, si en los procesos de separación regulados por el Real Decreto-ley 22/1979 se daba o no el recurso de casación, es lo cierto que este Tribunal viene señalando que los recursos que deben agotarse en la vía judicial, cuando en dicha vía se ha producido en virtud de un acto de los Tribunales una lesión de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución, no son todos los recursos imaginables en un examen de todo el ordenamiento procesal, sino aquellos que puedan conducir a remediar la lesión y el recurso de casación, cuyo carácter extraordinario no puede ponerse en tela de juicio y que se articula además en defensa de la legalidad ordinaria, no se encuentra entre los que la persona que ha visto sus derechos constitucionales vulnerados tiene que agotar previamente para acudir a la vía de amparo.»

TRANSFORMACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO EN CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (ART. 55.2 LOTC).

S 12 octubre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 12/82)

El criterio según el cual deben agotarse todas las vías posibles para el mantenimiento de la Ley, reiteradamente seguido por nuestro Tribunal Constitucional, actúa con carácter limitativo en cuanto al uso del poder concedido a las Salas por el art. 55.2 de la LOTC, de trasladar al Pleno del Tribunal las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con las cuales se realizaron los actos objeto del Recurso de Amparo.

«El principio de mantenimiento de la Ley que, según reiteradas declaraciones de este Tribunal, orienta su doctrina, aconseja en este caso reducir el alcance de la decisión estimatoria, sin hacer uso de la facultad que el artículo 55.2 L. O. C. T. nos otorga para plantear ante el Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta cuestión sólo ha de plantearse cuando el acto del poder que se anula es consecuencia ineluctable de la aplicación de la norma, y no puede decirse que ello haya sido así en el presente asunto, pues el artículo 64 citado no veda el emplazamiento directo de quienes puedan comparecer como demandados en razón de ser titulares de un derecho o de un interés legítimo ya defendido en el procedimiento administrativo, cuando aparecen suficientemente identificados en el escrito de interposición del recurso o en la demanda. Para estos supuestos, la insuficiencia de la norma, constitucionalmente válida para el empleo de quienes no son titulares de derechos o intereses legítimos que se intentaron hacer valer en el previo procedimiento administrativo o aun siéndolo, no aparecen identificados, o cuyo domicilio se ignora, puede ser suplida por las correspondientes de la L. E. C., y en esta interpretación el artículo 64 no es contrario a la Constitución, permite que pueda buscarse dentro de la vía judicial ordinaria el remedio contra la indefensión y puede ser mantenido en tanto que el legislador no dé una nueva regulación de la materia más plenamente ajustada a la Constitución.»

2. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

OBJETO (ART. 27 LOTC).

S 23 diciembre 1982 (Pleno)
(RC 290/82)

La mayor o menor oportunidad de la Ley impugnada no puede ser objeto de valoración por el T.C., el cual únicamente está autorizado a enjuiciar si la norma legal motivo de recurso se adecua o no a las previsiones constitucionales.

«Nuestro juicio se ha de circunscribir a determinar la conformidad con la Constitución de la Ley impugnada. No es, por tanto, un juicio de valor acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque éste es el campo de actuación en que han de moverse las distintas opciones políticas dentro del marco de la Constitución, como corresponde al pluralismo político que propugna su artículo 1.º como uno de los valores superiores del Ordenamiento.

No se puede pretender, pues, ni se puede esperar del Tribunal Constitucional un tipo de actuación de alcance diverso al que ha quedado precisado por su Ley Orgánica.»

LEGITIMACIÓN.

S 23 diciembre 1982 (Pleno)
(RI 108 y 109/82)

Desarrollando el criterio mantenido en la sentencia de 14 de julio de 1981, el T.C. afirma que la interposición de recurso de inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas no puede limitarse nunca a la esfera de sus competencias, pues, el fin básico de ese proceso no es la delimitación del ámbito competencial de aquéllas, sino la «depuración objetiva del ordenamiento» invalidando las normas legales contrarias a la Carta Fundamental.

Frente a la interpretación del artículo 32.2 LOTC defendida por el Abogado del Estado («según la cual la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad queda objetivamente limitada a la defensa de las competencias de la Comunidad Autónoma; no se da a otros efectos». A esta

razón se añade, con intención de complementarla, la de que aun si se entendiese que el artículo impugnado o alguna de sus partes invade competencias de la Generalidad no se seguiría de ello su inconstitucionalidad (que, en consecuencia, tampoco se estaría legitimado para demandar), pues el precepto no sería inválido, sino inaplicable en Cataluña, o aplicable allí sólo como derecho supletorio», el Pleno del T.C. mantuvo la siguiente línea interpretativa: «Si las Comunidades Autónomas sólo pueden acudir al recurso de inconstitucionalidad para defender sus propias competencias y los preceptos que invaden competencias de una Comunidad Autónoma (aunque no quizá de otras) no pueden ser declarados inconstitucionales, pues valen (aun en ésa) al menos como derecho supletorio, es obvio que la vía del recurso de inconstitucionalidad les está absolutamente cerrada, en contra de lo que disponen los artículos 162.1.a) de la CE y 32.2 de la LOTC. Como esta conclusión extremada e inconstitucional es inadmisibles, forzosamente han de ser incorrectos uno o los dos elementos del razonamiento.»

Después de recordar el razonamiento seguido en la sentencia de 14 de julio de 1981, el Tribunal afirma:

«De acuerdo con esta doctrina, la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitada a la defensa de sus competencias si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. Se extiende objetivamente al ámbito de sus intereses peculiares que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado. El haz de competencias de la comunidad Autónoma, plasmación positiva de su

ámbito propio de autonomía, es, simplemente, el lugar en donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la Comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que ésta persigue, la pretensión a que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional. Como es evidente, esta pretensión sólo podrá generalmente fundamentarse con éxito en la vulneración de normas constitucionales no delimitadoras de competencia, pues estas normas delimitadoras son en nuestro sistema normas particulares, referidas a las distintas Comunidades Autónomas, y, en consecuencia, su infracción, como ya se indicó en nuestra sentencia de 13 de febrero de 1981 (RI 189/1980), no afecta a su validez (fundamento núm. 27 «in fine»). De ahí, como se indica en nuestra sentencia ya citada de 14 de julio de 1981, el carácter complementario del recurso de inconstitucionalidad y el conflicto de competencia.»

S 23 diciembre 1982 (Pleno)
(RI 290/82)

La presencia de un «interés público objetivo» en la resolución de todo recurso de inconstitucionalidad hace irrelevante para este proceso la falta de legitimación sobrevenida de los recurrentes.

«En el recurso de inconstitucionalidad, como antes se ha expuesto, el Tribunal Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución, es decir, un interés público objetivo, y ello se refleja en que, si bien el Tribunal no tiene un poder de iniciativa, una vez sometido al mismo el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una Ley, puede declarar no sólo la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, sino también, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley a los que deba extenderse por conexión o

consecuencia (artículo 39, 1, de la LOTC).

Esta función de garantía que cumple el Tribunal, y el recurso de inconstitucionalidad, da lugar a que la legitimación que contempla el artículo 32, 1, de la LOTC haya de interpretarse en dicho contexto, y, en consecuencia, a que deba afirmarse que cuando cincuenta Senadores o más deciden formular un recurso de inconstitucionalidad están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada.

Por eso, la pérdida de condición de Senador no da lugar a la aplicación del artículo 9, 5, en conexión con el 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la subsistencia del interés público objetivo en determinar si la Ley impugnada es conforme o no con la Constitución.»

3. CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (ART. 35.2 LOTC).

S 14 diciembre 1982 (Pleno)
(CI 411/82)

El término «fallo» empleado en el art. 163 de la C.E. debe ser entendido como un «pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, debiendo considerarse irrelevante la naturaleza procesal o material de la cuestión sobre la que recae la decisión.

«Es cierto que a tenor del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión (de inconstitucionalidad) una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia», y que de entenderse

esta disposición a la letra resultaría extemporáneo el planteamiento en este caso, por darse con vistas a una resolución que por aplicación del artículo 235 de la Ley de enjuiciamiento Criminal se entiende usualmente que ha de revestir la forma de un auto. Ahora bien, no existe razón alguna para que los autos, en cuanto resoluciones motivadas sobre cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la expresión, no puedan dar lugar a una cuestión previa de inconstitucionalidad en orden a la norma aplicable y de cuya validez dependen. La utilización del vocablo «sentencia» en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, o la de «fallo» en el artículo 35.1, también de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en el artículo 163 de la Constitución Española, no debe llevarnos a entender que sólo tienen acceso a la cuestión de inconstitucionalidad aquellos preceptos que se hacen valer para fundamentar la sentencia entendida en su acepción

formal. Cuando la cuestión de inconstitucionalidad surge respecto a una ley de cuya validez depende la decisión, podrá plantearse independientemente de que ésta adopte la forma de sentencia o se trate de una decisión bajo forma de auto; pues la razón es la misma en uno y otro supuesto, por cuanto, siendo la Ley cuestionada posterior a la Constitución, se da una prejudicialidad que sólo puede resolver este Tribunal. Cabe concluir que el vocablo «fallo» en el artículo 163 de la Constitución Española significa el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal. En el presente caso el planteamiento de la cuestión es, en este aspecto, correcto, ya que, dependiendo (en la interpretación del Tribunal Supremo) la decisión de los recursos de queja, de la validez del artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980, concurren los presupuestos para el acceso a la cuestión de inconstitucionalidad.»

SECCION DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

1. ART. 24 DE LA CONSTITUCION

1.1. Derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales

S 11 octubre 1982 (Sala 2.^a)
(RA 40/82)

El criterio seguido en anteriores sentencias, según el cual la existencia de una resolución de inadmisión fundada en Derecho satisface, sin más, el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, no resulta aplicable a los supuestos en que el proceso previo tenga por objeto la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas y cuando el motivo de inadmisibilidad estimado sea la falta de legitimación. En esos casos no bastará con verificar si se dictó o no una resolución, además la Sala deberá abordar, necesariamente, el examen de la concurrencia o no de legitimación.

Después de hacer referencia a la doctrina jurisprudencial seguida en la sentencia de 29 de marzo de 1982 (Recurso de Amparo 219/81): «de donde se infiere que la simple existencia de una sentencia de inadmisión fundada o razonada en Derecho satisface normalmente el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales y la comprobación en esta sede de tales hechos debe conducir sin más a la desestimación del amparo, sin entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal ordinario se dio o no en el proceso correspondiente.»

La Sala expone el siguiente razonamiento: «Ahora bien, cuando el objeto de tal proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 14 a 29 y 30.2 CE y artículo 41.1 LOTC), el proceso previo sea el de la Ley 62/1978 o en su día el previsto por el artículo 53.2 CE y la causa de inadmisibilidad

sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en Derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiera sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario, quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatido y su ejercicio quedaría «de facto» indebidamente restringido, hipótesis ante la cual este Tribunal no podría permanecer pasivo, pues, como también ha afirmado en alguna ocasión, «nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal» (sentencia en RA 203 y 216/1980 de la Sala Segunda de 17 de julio de 1981, «Boletín Oficial del Estado» del día 13 de agosto de 1981).»

S 15 octubre 1982 (Sala 1.^a)
(RA 185/82 y 402/81)

Es indispensable que las decisiones que supongan una restricción de ejercicio de un derecho fundamental sean motivadas.

«A juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo se infringe el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos (artículo 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo.»

Sin embargo, el Tribunal aplica ese criterio con flexibilidad al caso con-

creto generador del recurso de amparo que comentamos, pues afirma que «la irregularidad formal del auto, al no expresarse con precisión el motivo determinante de la decisión, no ha privado en este caso al destinatario del conocimiento —con su simple lectura— de cuál era la razón determinante de la resolución judicial, sin que haya visto dificultada en modo alguno su defensa por la vía del recurso de amparo, al estar excluido el recurso en la vía judicial contra el auto por el artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

1.2. Derecho a un proceso público

S 15 octubre 1982

El art. 24 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos normativos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España, según prescribe el art. 10.2 de nuestra Carta Fundamental, permiten llegar a la conclusión de que el derecho a un proceso público cuenta con unos límites implícitos, «que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que se inserta» la Ley Fundamental española.

El razonamiento desarrollado para llegar a la conclusión señalada, comienza por recoger textualmente el contenido del art. 10.2 de la Constitución, del que se deduce, a juicio de la Sala, que «la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España». Posteriormente se recuerda que los límites del derecho a un proceso público aparecen reflejados en los arts. siguientes: 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948;

14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realizado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Cuando un tribunal, al amparo del art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toma la decisión de que un juicio se celebre a puerta cerrada no está prejuzgando la inocencia del inculpado, ni vulnerando el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales.

El recurrente sostuvo «que la resolución de acordar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de moralidad era lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro y su condena, lo que violaría el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales».

La Sala no compartió ese razonamiento:

«Como hemos señalado antes, la interpretación del artículo 24.2 de la Constitución, de conformidad con el Derecho Internacional en que ha de encuadrarse de acuerdo con el artículo 10.2 de la misma, conduce a la conclusión de que el legislador puede regular la restricción del derecho a un proceso público por razones de moralidad, como hace el artículo 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y resulta claro que cuando un Tribunal adopta la decisión de que un juicio se celebre a puerta cerrada, por tales razones no está prejuzgando que el inculpado sea o no inocente ni está vulnerando el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, siempre que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada esté fundada en derecho en los términos antes expuestos y ya considerados en su aplicación al caso.»

1.3. Eficacia temporal

S 12 octubre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 12/82)

La trascendencia que para las normas procesales tiene el art. 24 de la Constitución, justifica que, en relación con su eficacia temporal, reciba ese precepto constitucional el mismo tratamiento que aquéllas, y en virtud del cual son aplicables a todos los procesos en curso desde el momento de su entrada en vigor.

En el caso concreto origen del recurso de amparo que reseñamos, el emplazamiento, realizado de acuerdo con las previsiones del art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se efectúa antes de la entrada en vigor de la Carta Fundamental de 1978, aunque el proceso transcurre en su totalidad después de iniciada su vigencia. Las dificultades que presenta la cuestión así planteada llevan a la Sala a desarrollar el siguiente razonamiento: «Dos principios contrapuestos llevan a dar a esta cuestión respuestas rigurosamente excluyentes. De una parte, el principio de seguridad, que consagra el artículo 9.3 C. E. y que lleva a maximalizar la intangibilidad de la cosa juzgada y a mantener la ejecutoriedad de las sentencias firmes; de la otra, el principio de justicia (artículo 1.1 C. E.) y, por extensión, el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales (artículo 53.1 C. E.) que lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado, como en el presente caso, de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados. Una solución inspirada exclusivamente en el primer principio llevaría claramente a la desestimación pura y simple del presente recurso en tanto que llevaría a estimarlo la que sólo tomara en consideración el segundo. No es preciso, sin embargo, acudir a esta enérgica doctrina, ni tan siquiera a la difícil categoría de la retroactividad, aunque sea limitada para dar respuesta positiva a la cuestión planteada. La incidencia que el artículo 24 de la Constitución tiene sobre las normas

procesales obliga a darle el tratamiento que es propio de éstas a la hora de resolver sobre su eficacia en el tiempo, y, según la doctrina prácticamente unánime, las normas procesales tienen efecto inmediato, son aplicables a todos los procesos en curso en el momento de su entrada en vigor. En el presente asunto, el proceso en cuestión, esto es, el recurso contencioso-administrativo seguido ante la Audiencia Territorial de Pamplona estaba, como queda dicho, apenas iniciado; no se había abierto aún el plazo para deducir la demanda y, en consecuencia, quienes con uno u otro título estaban legitimados para concurrir al proceso y suficientemente identificados en las actuaciones tenían el derecho que la Constitución les garantiza de ser emplazados de manera suficiente, de modo que su defensa no quedara condicionada al cumplimiento de la carga de leer a diario los Boletines Oficiales. La imposibilidad de revisar todos los emplazamientos efectuados en todos los procesos en curso en el momento de promulgarse la Constitución explica, más que suficientemente, el mantenimiento incambiado de los ya efectuados, fueren cuales fueren las circunstancias, en la forma prevista por el artículo 64 L. J. C. A., pero no impide que quienes se sienten así perjudicados en sus derechos fundamentales puedan reaccionar en tiempo y forma oportunos, para pretender la anulación de las decisiones tomadas en su perjuicio sin que se les ofrecieran posibilidades adecuadas de defensa.»

2. EL ANTEJUICIO

S 13 octubre 1982 (Pleno)
(RA 218/81)

La decisión de inadmisión de una querrela en el procedimiento llamado Antejudio, contemplado en los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede ser objeto de Recurso de Amparo constitucio-

nal, basado en la presunta vulneración del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24 de la Constitución española).

«El art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, y como los demandantes de amparo han ejercitado en el antejudio que regulan los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la acción penal, entendida como el derecho a la acusación y al juicio, es evidente que, al no dar lugar a la admisión de la querrela el Tribunal competente, puede el querellante acudir al recurso de amparo por estimar que tal decisión entraña una violación del derecho a la tutela jurisdiccional. El Ministerio Fiscal se opone a esta solución, alegando la falta de contenido constitucional, pero desde la valoración expuesta no cabe admitirla, porque como el objeto del antejudio es la procedencia o no de admitir la querrela, los ejercitantes de la indicada acción están legitimados para promover el presente recurso de amparo, en el que debe llegarse a una decisión de fondo para conocer si se ha vulnerado o no el invocado derecho a la tutela jurisdiccional, aunque previamente deba examinarse la cuestión de si la existencia misma del antejudio atenta al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución.»

El Antejudio no es contrario al principio de igualdad plasmado en nuestra Carta Fundamental.

«Este procedimiento, ineludible para el ciudadano que intente exigir responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados, no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad porque, en ningún caso, permite cerrar el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querrelados, sino valorar la procedencia o no de admitir la querrela con mayores formalidades procesales que

las previstas en los artículos 312, 313 e incluso 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en consideración a la especificidad de la función que aquéllos ejercen y que concierne, de modo relevante, al interés público, mediante la adecuación de normas instrumentales también específicas que, como ha señalado el Fiscal, están también previstas en otros supuestos, así cuando la Ley exige previa licencia del órgano judicial (calumnia e injuria causada en antejuicio —artículos 467.2 del Código Penal y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—) o autorización de las Cámaras para la inculpación de parlamentarios (artículos 72.2 C. E. y 750 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).»

La validez constitucional del Antejuicio no se puede discutir siempre que tenga por objeto el «garantizar la independencia y dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional».

«La legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura la haga adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio. Desde este punto de vista, el antejuicio, como proceso penal que se ha de llevar a cabo antes de pasar a un proceso definitivo, sirve para decidir acerca del derecho a la acción penal y no sobre la pretensión punitiva, atribuyendo al órgano judicial competente un amplio poder de apreciación en la determinación de la existencia del hecho típico delictivo objeto de su contenido, que también corresponde, en todo caso, al Juez Instructor Penal en los supuestos de los artículos 312, 313 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, si esas facultades no existieran y hubiera de abrirse siempre el proceso penal definitivo, esta institución protectora de la función jurisdiccional quedaría vacía de contenido, de-

jando de cumplir su misión de evitar el trámite definitivo de las querellas infundadas con sus gravosas consecuencias.

Que esta misma finalidad pudiera alcanzarse mediante otras fórmulas técnicas es cuestión sobre la que no ha de pronunciarse este Tribunal, cuya competencia sí incluye, sin embargo, la de remediar las vulneraciones de los derechos fundamentales que en la práctica del antejuicio pudieran ocasionarse.»

Sin embargo, a pesar de las anteriores manifestaciones, el magistrado D. Plácido Fernández Viagas formuló voto particular, a la decisión contenida en la sentencia que reseñamos, al que se adhirieron los magistrados: D. Francisco Tomás y Valiente, D. Angel Latorre Segura y D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. Discreparon los miembros del T.C. citados en relación con la opinión mayoritaria, «porque si aceptamos que el antejuicio atiende a la especificidad de la función que los Jueces ejercen y que concierne al interés público cuyo equivalente está previsto también en otros supuestos, y si este carácter garantizador de la independencia de la institución judicial rechaza que se le entienda de manera que suponga un impedimento o sustracción del proceso, que redundaría en tratamientos privilegiados, con daño para la misma parece que debe cuidarse que lo que debiera ser mero examen de la concurrencia de un presupuesto procesal se convierta en un anticipo de juicio sobre el fondo que no se atenga a las garantías exigibles en el proceso y al equilibrio dentro de él de las partes acusadoras y acusadas. En el proceso penal pertenecen a momentos preclusivos diversos los pronunciamientos acerca de la existencia del delito, de su naturaleza penal, de la concurrencia de indicios de su comisión y la prueba de haberse cometido. Nada se opone a que la declaración de que el hecho no es constitutivo de delito, que motiva un sobreseimiento libre, se produzca al resolver el antejuicio; en tal

supuesto, la prueba de la comisión del hecho deviene irrelevante porque, aun admitiendo la versión del querellante, faltaría siempre el requisito de tipicidad. No puede decirse lo mismo respecto a las declaraciones que conciernen a la antijuridicidad, las causas de justificación y otras que, afectando al fondo del asunto, determinan, en su caso, el procedimiento y posteriormente la absolución o condena.»

Concluyendo con lo siguiente: «La forma de entender el antejuicio, que en esta sentencia ha preponderado, constituye no una garantía institucional, sino una garantía «de facto» respecto a la impunidad de eventuales prevaricaciones de miembros del Poder Judicial. Aceptada esta interpretación pueden quedar vulnerados derechos de los ciudadanos en cuanto juzgados por aquéllos, y esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ha ocupado respecto a los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución en cuanto se les ha cerrado el acceso al procedimiento preordenado por la Ley.»

3. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EMPLAZAMIENTO

S 12 octubre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 12/82)

El emplazamiento mediante edictos publicados en los boletines oficiales, contemplado en el art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, «no garantiza en medida suficiente la defensa de quienes están legitimados para comparecer, como demandados, en procesos que inciden directamente sobre sus derechos o intereses», no siendo, por tanto, adecuada a las exigencias del art. 24.1 de la Constitución.

Se reitera la línea jurisprudencial seguida en la sentencia de 31 de marzo de 1981, resolutoria de Recurso de Amparo, esta vez con la relación al pre-

cepto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa citado.

4. PROCESO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (GARANTIA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA. LEY 62/1978): LEGITIMACION

S 11 octubre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 40/82)

El ámbito de la legitimación para la impugnación de actos de la Administración presuntamente vulneratorios de algún derecho o libertad pública, en la vía previa al amparo constitucional, es más amplio que el contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

«En relación con la impugnación de actos de la Administración hipotéticamente atentatorios contra algún derecho fundamental o libertad pública, y que son precisamente los impugnables a través del proceso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978 como vía previa para el amparo constitucional ante este Tribunal (artículo 53.2 CE y Disposición transitoria 2.ª, 2, de la LOTC), basta con la exigencia de un «interés legítimo» en el litigante para reconocerle la legitimación que le otorga el artículo 162.1.b) de la Constitución, expresión ésta («interés legítimo») más amplia que la de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («interés directo») y que no puede entenderse referida exclusivamente a la fase del amparo pedido ante Tribunal Constitucional, sino extensiva a la fase previa de que habla el artículo 53.2 de la CE, pues de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia (artículo 41.1 LOTC), de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (artículo 53.2 CE), haría inoperante e impediría la

amplitud de legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo.»

5. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS

S 12 noviembre 1982 (Sala 2.ª)
(RA 131/82)

La disposición por la cual las resoluciones de los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente, es contraria al art. 24.1 de la Constitución.

«A este respecto hemos de reconocer que si bien no aparecen indicios de violación del artículo 16.3 de la Constitución Española, pues la cooperación del Estado con la Iglesia Católica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos ni se ve de qué modo la negativa al reconocimiento de efectos civiles daña el principio de igualdad del artículo 14 de la propia Constitución, ya que, antes al contrario, el fundamento de la resolución contra la que se ejercita el amparo es el de sometimiento de todos los Tribunales españoles al Derecho del Estado, el precepto que puede verse afectado es el del artículo 24, en cuanto garantiza a todas las personas el derecho a obtener tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, lo que implica el reconocimiento de los efectos de las resoluciones de los Tribunales predeterminados por la Ley por todos los órganos del Estado. Si el reconocimiento a los católicos de someter sus relaciones matrimoniales a los Tribunales eclesiásticos aparece reconocido en la legislación aplicable

y si, por otra parte, la obligación de reconocer los efectos civiles de las correspondientes resoluciones aparece también declarada, la negativa a proceder de esta suerte por parte de un órgano del Estado, cuando se dan las circunstancias exigidas por dicha legislación, debe ser remediada, aparte del problema de la constitucionalidad misma de la norma de donde resulten aquellos derechos o, dicho de otro modo, la constitucionalidad del Acuerdo entre España y la Santa Sede a que nos venimos refiriendo.»

Frente a ese criterio mayoritario, manifestaron su discrepancia, a través de un voto particular, los magistrados D. Luis Díez Picazo y Ponce de León y D. Francisco Rubio Llorente:

«La jurisprudencia de nuestro Tribunal acerca del artículo 24 de la Constitución ha señalado en multitud de ocasiones que el referido precepto constitucional da derecho al ciudadano a obtener de los Tribunales de Justicia una resolución fundada, pero en modo alguno una resolución que sea acorde con las pretensiones por él sostenidas. Por supuesto la resolución ha de haber sido dictada en un proceso en el que se hayan observado las necesarias garantías procesales.

No existe dificultad especial para entender que el artículo 24, al hablar de una tutela efectiva, otorga el derecho a que las sentencias dictadas sean cumplidas y, por consiguiente, que constituye violación del artículo 24 de la Constitución la total omisión del cumplimiento de una sentencia judicial firme y es posible identificar ejecución de una sentencia en términos generales con dotación de eficacia en el orden civil a los fallos de los Tribunales canónicos. Sin embargo, no hay que olvidar que para proceder a la ejecución de una sentencia puede ser preciso cumplir una serie de requisitos estatuidos por el Derecho positivo. La homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen es una

cuestión de legalidad ordinaria y una función jurisdiccional estricta, en la cual este Tribunal no puede ni debe entrar, porque no es función suya, en la preservación del artículo 24, valorar la secuencia del proceso interpretativo y de aplicación del derecho que hayan realizado los jueces «a quo». Si esas operaciones han sido erróneas, se producirá una infracción de la legalidad ordinaria, que tendrá sus medios de subsanación en los procesos y recursos ordinarios, pero que en modo alguno es una violación de la Constitución.

Colocados en este plano, debemos señalar que un juez que aplica el artículo 80 del CC y el 954 de la LEC para decidir si una sentencia es o no es ejecutable, no está violando la Constitución, sino únicamente realizando una interpretación del Derecho interno que puede ser más o menos correcta.»

6. RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

S 14 diciembre 1982 (Pleno)
(CI 76/82)

El precepto legal (art. 14 de la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar) que no autoriza la interposición del recurso de casación ante el T.S. contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, a los condenados a penas de libertad de hasta tres años, en una de ellas o en la suma de varias, es contrario al art. 24 de la Constitución.

La primera cuestión que surge es si esta respectiva imposibilidad y posibilidad de recurrir en casación está dentro de los límites constitucionales de la distinta posición de los acusados y del Ministerio Fiscal, el cual no es una parte privada, dada su misión de promover la acción de la

justicia «en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley» (art. 124.1 de la Constitución Española). El Abogado del Estado ve en la posibilidad de recurrir reconocida al Ministerio Fiscal, «en todo caso», una prolongación de la acusación, ante la cual el acusado conserva intactas sus facultades defensivas, lo cual impide, en esta perspectiva, hablar de indefensión. El Ministerio Fiscal, evocando el artículo 9 de la Constitución Española y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce que existe una desigualdad «ante» la ley, pero entiende que, dado el actual tratamiento de la jurisdicción militar, la diferenciación por razón de la pena no es sin más inconstitucional; con la decisión dependerá de si, a la luz del referido Pacto, es preceptiva una segunda instancia o el recurso de casación con carácter general. A este respecto, entendemos que la diferencia en la situación del Ministerio Fiscal con respecto a los condenados, a que hemos hecho referencia, no puede justificar una desigualdad que implique disminuir los medios de defensa de la parte acusada frente a la acusación pública. Como el Ministerio Fiscal puede continuar la acusación en defensa de la legalidad, hay que dar al acusado todas las garantías contenidas en el artículo 24 de la Constitución Española. Es cierto que si el Ministerio Fiscal recurre (independientemente de que, por su función, pueda hacerlo para pedir que se rebaje la pena), el acusado no sufrirá indefensión, siempre que pueda adherirse al recurso planteado por aquél y alegar todos «los motivos que le convengan», según la fórmula del artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su último apartado, sin estar vinculado por los de la acusación. Pero no ocurrirá lo mismo si el Ministerio Fiscal no recurre o desiste del recurso, una vez interpuesto.

De lo que antecede resulta que la posibilidad de la indefensión, aquí, guarda estrecha relación con la posibi-

lidad de los condenados de interponer, en todo caso, recurso de casación, sea cual fuere la duración de su pena de privación de libertad, punto éste en que ya el Ministerio Fiscal hiciera hincapié, trayendo a colación al respecto el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

Antes de referirnos a dicho Pacto y al papel que pueda corresponderle en la resolución de la presente cuestión, entiende este Tribunal que la interpretación del artículo 24 de la ley Orgánica 9/1980, a la luz del 24 de la Constitución Española, permite una respuesta adecuada a la duda que la provocó.»

AUDIENCIA PUBLICA

¿EXCEPCIONES DILATORIAS EN LA ADMISION DE QUERELLAS?

En unos momentos en que se lucha denodadamente por desembarazar de obstáculos el acceso del ciudadano a la justicia, un acuerdo de la Junta de Jueces de Barcelona ha venido a instaurar la excepción de falta de personalidad y falta de poderes en la admisión de querellas criminales. El texto del acuerdo, que no tiene desperdicio, es el siguiente:

ACUERDO

Junta de Jueces celebrada el día 28 noviembre 1983.

QUERELLAS: APODERAMIENTO.

A) Personas físicas

- 1) Deberá aportarse poder especial para el delito de que se trate, teniendo presente que dicho poder habrá de ser otorgado el mismo día del hecho o con posterioridad a su comisión.
- 2) Dicho poder será el original y deberá aparecer debidamente reintegrado y bastantado.
- 3) En cualquier caso se acompañarán las correspondientes copias para su entrega a los interesados.
- 4) Si el poder que se presentara no fuera especial, sino general para pleitos, la querella deberá firmarla el interesado u otra persona a su ruego de no saber o no poder firmar. Se exigirá la oportuna ratificación.
- 5) La ausencia o defecto de los anteriores requisitos podrán ser subsanados mediante conceder al interesado un plazo prudencial de 10 días al efecto.
- 6) Transcurrido el plazo de subsanación sin haberla verificado, los hechos en que la querella se funda podrán ser considerados como denuncia, procediéndose en consecuencia.

B) *Personas jurídicas*

Los requisitos anteriores son exigibles respecto de las querellas presentadas por esta clase de personas, teniendo en cuenta que el acuerdo societario previo para interponer la querella, deberá emanar del Consejo de Administración de la entidad de que se trate y que, en caso de resultar necesario el trámite de ratificación, la persona que deba efectuarla también deberá estar autorizada, con carácter previo, por dicho Consejo.

Obviamente, un acuerdo de tal naturaleza, que incluso desconoce normas acuñadas sobre la teoría de la representación, no podía dejar de suscitar la crítica de los ciudadanos y de los profesionales. Siempre existe algún ciudadano pionero que se aventura por la vía del recurso, a pesar de los retrasos que ello comporta, con el noble propósito de abrir camino al resto de los ciudadanos menos animosos. Lo bueno del caso y lo que hay que aplaudir sin titubeos es que ha sido la Audiencia Provincial de Barcelona la que más enérgicamente ha reaccionado contra tal desvío. El texto del auto de 5 de julio de 1984 de la Sección Primera es drástico y crudo al revocar una inadmisión de querella por un supuesto defecto de apoderamiento según el tenor del acuerdo de la Junta de Jueces:

«CONSIDERANDO: Que pudiendo ser los hechos constitutivos de un delito de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 535 en relación con el 529-5.ª en razón de la especial situación de la Razón querellante, procede decretar la nulidad del auto impugnado mandando se incoe el preceptivo sumario dictando auto de procesamiento con total libertad en cuanto a la situación procesal.

CONSIDERANDO: Que la extraña afirmación de que la presentación de una querella por parte de una persona jurídica requiere la previa autorización del Organismo Colegiado Rector siendo así que existen personas físicas que tienen delegada fehacientemente la facultad, ya no sólo ofende el precepto del artículo 15 bis del Código Penal, sino que ignora siglos de civilización y cultura jurídica configurando por la teoría de la representación propia del Derecho Romano.»

En el mismo sentido, un auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 1984 cierra filas y sentencia:

«CONSIDERANDO: Que, no obstante lo dicho, es lo cierto que el auto dictado por el Instructor en fecha siete de mayo del presente año se extiende a inadmitir la querella formulada por la recurrente y, aun cuando en principio tal acuerdo pudiera aparecer como adoptable en ese momento procesal, dado que la mera interposición del recurso de reforma no tiene carácter suspensivo de los efectos de la

resolución impugnada, salvo que contra la misma proceda también el de apelación en ambos efectos, de modo que cabía entender transcurrido el plazo concedido para subsanar el defecto procesal apreciado, es lo cierto que al concentrarse el Instructor en una sola resolución la desestimación de la reforma y la inadmisión a trámite de la querella, es decir, dos acuerdos de naturaleza bien distinta, pues el primero venía a decidir sobre la impugnación de una providencia anterior y el segundo entraba a adoptar una decisión sobre una cuestión nueva y distinta, a su vez susceptible de ser recurrida en reforma y apelación, al tiempo que, en cambio, no resolvía sobre la admisibilidad del recurso de esta clase interpuesto contra lo acordado en aquella Providencia, vino a crearse en la recurrente un estado de lógica incertidumbre, que le impidió usar en plazo de los recursos oportunos contra la inadmisión de querella, con vulneración de principios esenciales del proceso penal, por lo que procede declarar la nulidad del auto del juez a quo de siete de mayo pasado en cuanto inadmite a trámite la querella, no así en lo que respecta a la decisión de incoar Diligencias Previas, pues ello se opondría al principio de conservación de los actos procesales, al tiempo que se advierte al Instructor que los acuerdos de la Junta de Jueces de Barcelona no constituyen fuente de Derecho y, por tanto, no pueden constituir fundamento de resoluciones judiciales.»

¡Uf! Por un momento creímos que, ahora que prácticamente se hacen inviables las dilatorias en el proceso civil, éstas, cual bacilos resistentes a los antibióticos, iban a incubarse en el proceso penal. Esperemos que los autos transcritos hayan actuado a modo de radical vacuna contra un virus pernicioso.

Francisco RAMOS

Como anécdota curiosa transcribimos la noticia que publica el *Món Jurídic* de Barcelona, en su n.º 18:

IN CLARIS NON FIT APELLATIO

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Barcelona ha dictado una resolución por la cual se niega a admitir a trámite un recurso de apelación contra una sentencia pronunciada en proceso de pobreza.

Motivos: «No procede la admisión del recurso interpuesto dada la claridad de lo actuado en el presente procedimiento, acreditativo de la posesión de bienes por el recurrente.»

Por supuesto que esta resolución no hundirá el milenar sistema surgido en torno al control jurisdiccional, pero quiérase o no, presenta un fuerte y triste valor paradigmático que ojalá influya en la definitiva redacción de la Ley Orgánica de la Justicia.

RECENSIONES

FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Autónoma de México y Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982, 365 páginas.

Lo primero que se nos ocurre, al contemplar un título tan sugestivo como el de esta obra, es la abismal separación que se produce entre la proclamación solemne y oficial de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, y la tutela efectiva y real, en la práctica, de esos mismos derechos. De «experiencia dolorosa» califica FIX ZAMUDIO este fenómeno. El mismo, también en las palabras del prólogo, destaca otro importante aspecto: la situación angustiosa en que nos encontramos ante un Estado cada vez más poderoso y una sociedad crecientemente compleja. La figura de los «desaparecidos», tristemente célebre en la actualidad de algunas naciones hispanoamericanas, consideramos que constituye un claro ejemplo de lo afirmado.

Efectivamente, a nuestro juicio, no basta con la mera proclamación constitucional de los derechos y libertades fundamentales. Tampoco es del todo suficiente con la prevista protección y cobertura procesal como garantía de la declaración programática. Hay que lograr la efectiva acción protectora de esos mecanismos procesales. En ello radica el reto que los legisladores y estudiosos tienen ante sí. La obra de FIX ZAMUDIO, insigne estudioso, a cuya merecida investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Sevilla, hace poco tiempo, tuvimos la oportunidad de asistir, aporta un indiscutible servicio en este camino.

El primer capítulo está dedicado a lo que se denomina la jurisdicción constitucional de la libertad. Como dice el autor, en el estudio que sigue, panorámico y somero, «no se pretende una exposición totalizadora de todas las ramas de enjuiciamiento en cuanto pueden servir o utilizarse para la tutela indirecta o refleja de los derechos de la persona humana, sino únicamente de los instrumentos establecidos específicamente, o al menos los utilizados como tales, para la tutela procesal directa y precisa de los propios derechos del hombre» (p. 31).

Son los instrumentos procesales internos para la tutela de los derechos de la persona humana o derechos fundamentales (Grundrechte), pues «las declaraciones de derechos establecidos en los textos constitucionales, por amplias y generosas que parezcan, quedan reducidas a disposiciones bien intenciona-

das pero sin eficacia práctica, como la experiencia histórica nos lo ha enseñado en forma tan dolorosa» (pág. 50). Existe un pensamiento común a los revolucionarios franceses —sigue diciendo el autor— «que desemboca en la idea y en el propósito de inscribir los derechos más esenciales de la persona humana en el texto de un documento constitucional, con el objeto de que fuesen conocidos y obedecidos por todas las autoridades» (pág. 51). Desde hace relativamente poco tiempo, numerosos constitucionalistas consideran que la verdadera garantía de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su protección procesal. A estos instrumentos procesales dirigidos específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos encargados de impartir la protección, los califica Mauro CAPPELLETTI como jurisdicción constitucional de la libertad.

No obstante, en el trabajo comentado se han incluido algunos instrumentos que no pueden considerarse estrictamente como procesales, pero que, por dirigirse a la tutela rápida y eficaz de los derechos humanos, han merecido a criterio del autor su tratamiento conjunto.

El capítulo segundo se refiere a los instrumentos angloamericanos. En él se estudia el habeas corpus (sin entrar en su antecedente aragonés de «manifestación de personas»), su evolución en Inglaterra y expansión por los Estados Unidos, así como su penetración y difusión en Iberoamérica. Igualmente, se aborda el examen de la sentencia declarativa, o Declaratory Judgment, de claro origen inglés, desarrollada en los Estados Unidos por la jurisprudencia de sus tribunales federales. Además de estos instrumentos, el autor destaca la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, así como someramente el mandamus inglés y el injunction, también inglés, de gran influencia en Argentina en sus modalidades respectivas de mandamientos de ejecución y prohibición.

El siguiente capítulo versa sobre la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica. Por encima de la presencia española y portuguesa durante varios siglos en Iberoamérica, con todo lo que ello significó culturalmente, FIX ZAMUDIO destaca ostensiblemente la influencia angloamericana en Latinoamérica. No obstante, más adelante concluye que las instituciones específicas en esos países para la tutela procesal de los derechos humanos constituyen un encuentro difícil y complejo entre instrumentos de dos tradiciones o familias jurídicas diversas.

Especial énfasis pone al estudiar la acción, el recurso o el juicio de amparo (de diversas maneras se le conoce; por cierto, que el término común es hispano). Con detenimiento en el amparo mexicano y argentino y después de breves referencias a las Constituciones españolas de 1931 y 1978, se pronuncia por la posibilidad de establecer un juicio de amparo latinoamericano.

Menos importancia da al «mandato de seguridad» brasileño y a la acción popular de inconstitucionalidad.

En el capítulo cuarto se contempla el régimen europeo continental. En la primera postguerra, destaca FIX ZAMUDIO, se advierte en Europa una tendencia acentuada hacia el establecimiento de los instrumentos angloamericanos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes, a través de la revisión judicial. Frente a esta corriente, en la misma época, se halla el sistema partidario de establecer un tribunal constitucional especializado, para el conocimiento y decisión, en exclusiva, de las cuestiones constitucionales. En nuestros días, resulta evidente que se ha impuesto el segundo de dichos sistemas.

Por ello, entre otras consideraciones, se habla de un sistema europeo continental de protección de los derechos humanos, en clara alusión a las naciones de Europa occidental, frente a las socialistas contempladas en el capítulo siguiente.

Así, se realiza un recorrido por Francia (Consejo de Estado, Corte de Casación y Consejo Constitucional), Austria (Corte Constitucional, con Normenkontrolle y Beschwerde), Alemania (Bundesverfassungsgericht y Verfassungsbeschwerde), Italia (Corte Constitucional, Corte de Casación y Consejo de Estado), Suiza (recurso de derecho público), España (Tribunal Constitucional) y Portugal (Comisión Constitucional y Consejo de la Revolución).

Además, FIX ZAMUDIO se detiene en el examen de la República Federal Socialista de Yugoslavia, con instituciones algo distantes del modelo soviético y termina el capítulo con referencias a la influencia de la justicia constitucional europea en otros ordenamientos europeos, asiáticos y latinoamericanos, subsistente en unos, desaparecida por avatares políticos en otros.

De la tutela jurídica de los derechos humanos en los ordenamientos socialistas se ocupa el capítulo quinto. La concepción político-social es esencial a la hora de valorar este tema en los ordenamientos socialistas y las diferencias de éstos con los países del campo occidental. A pesar de ello, el autor destaca la —a su juicio— «aproximación inexorable» que se advierte entre ambos bloques en esta materia.

El marxismo-leninismo, con la «legalidad socialista», preside necesariamente cualquier incursión por este terreno. Los derechos humanos no pueden concebirse aquí a la manera occidental, esto es, como derechos subjetivos que se pueden oponer al Estado, sino como posibilidades ejercitables en consonancia con el desarrollo socialista.

Entre los instrumentos jurídicos de protección de los derechos fundamentales en estos países, hay que mencionar la Procuratura (traducida por algunos como Fiscalía) y los tribunales. En todo ello, pensamos, no deben olvidarse las especiales circunstancias en orden a la selección y promoción de los miembros de estos órganos.

Aunque se limita al modelo soviético, también se esboza la situación de la República Popular China y el régimen socialista cubano.

El estudio se cierra con un último capítulo dedicado a la solución escandinava: el Ombudsman. Su función está en relación con la Administración y la defensa del ciudadano frente a la defectuosa actividad de ésta, sin revocar los actos de las autoridades administrativas.

A nuestro juicio, dicha figura dista mucho del primitivo objeto del trabajo comentado, cual es la protección procesal de los derechos humanos (a pesar de la salvedad realizada al final del capítulo primero). Creemos que la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, para que sea verdaderamente eficaz y útil, ha de descansar en los tribunales y ser facilitada a través de los adecuados mecanismos procesales; independientemente de que ello vaya acompañado de una óptima Administración del Estado y ésta, a su vez, posea los pertinentes medios de control y corrección.

JOSE MARTIN OSTOS

BRINKMANN, Gisbert, *Schiedsgerichtsbarkeit und Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin-München, 1977, 131 páginas.

Las cláusulas arbitrales tienen un doble efecto positivo y negativo, suficientemente conocidos: vinculan a las partes al arbitraje y excluyen el conocimiento de los Tribunales ordinarios para las controversias que se susciten en relación a un determinado negocio jurídico. La sustracción de un determinado

litigio a la jurisdicción de los Tribunales estáticos, que se opera en virtud de la cláusula arbitral, impide a éstos el conocer del asunto, debiendo remitir a las partes al arbitraje.

Sin embargo, incluso el arbitraje tiene una duración temporal, en algunos casos demasiado prolongada, como para que surja el típico *periculum in mora* que justifica la adopción de medidas cautelares. Dado que éstas se vinculan estrechamente a la ejecución y se desenvuelven prácticamente en este campo, es doctrina tradicional que su adopción excede de las facultades de los árbitros. Sólo los Tribunales ordinarios pueden otorgar y ejecutar medidas cautelares. Se configuran pues éstas como uno de los campos típicos de colaboración entre los Tribunales ordinarios y Tribunales arbitrales.

Sin embargo, esta doctrina tradicional comienza a ser revisada a propósito de nuevas necesidades de resolución de litigios internacionales y del desarrollo de la institución arbitral. La voluntad de las partes reflejada en la cláusula arbitral tiene una fuerza expansiva que cada vez fundamenta nuevas atribuciones de los árbitros.

El ensayo de BRINKMANN abre una brecha a favor de la competencia arbitral para otorgar medidas cautelares, frente a lo que es doctrina tradicional en Alemania. Toda la construcción estriba en un problema de límites, que dan un juego más que suficiente para que el árbitro pueda ejercitar determinadas facultades en virtud de lo previsto en el convenio arbitral. En la obra se parte un poco como hipótesis de trabajo de que los árbitros pueden otorgar medidas cautelares a base de laudos interlocutorios y, desde esta perspectiva, se explican las particularidades del procedimiento y la posibilidad de ejecución forzosa del laudo.

El libro, sencillo en su estructura, pero de lenguaje claro, constituye una clara apuesta en favor de la extensión de los poderes de los árbitros, orientación por la que camina hoy la solución de litigios en el comercio internacional.

FRANCISCO RAMOS

RUSSELL *On The Law of Arbitration*, Stevens & Sons, London, 1982, 20.ª edición, LVIII + 602 páginas.

En el comercio internacional casi es inevitable encontrarse con una cláusula de solución de disputas por medio del arbitraje. En un porcentaje muy elevado de casos, especialmente en ciertos sectores del tráfico internacional, la cláusula «arbitraje Londres» es casi una cláusula de estilo, que tarde o temprano conduce a las partes al foro londinense. Los ingleses han sabido aprovechar bien las posibilidades del arbitraje como negocio económico que mueve multitud de intereses. Es un sistema jurídico de *case law*, es sintomático que la tradición inglesa en esta materia haya introducido reglas codificadas, que en este momento se recogen en las *Arbitration Act* de 1950, 1975 y 1979. El soporte de seguridad típico de la ley escrita proporciona el marco mínimo de certeza para saber qué es lo que ocurrirá con un arbitraje en Londres. Se tempera así el sistema de casos, que no es regla general en nuestros sistemas codificados.

El Russell on Arbitration es un clásico en materia de arbitraje desde el punto de vista del derecho inglés. La obra contiene todos los capítulos típicos de la materia: Desde las materias susceptibles de arbitraje hasta la ejecución del laudo. No obstante seguir el esquema conductor de las leyes inglesas de

arbitraje en cuanto a la exposición, en mi opinión, el peso de la obra sigue estando en la elaboración de los temas a partir de los casos. Así, la referencia a los precedentes es constante en cada una de las páginas del libro.

Del éxito de la obra hablan por sí solas las diecinueve ediciones que precedieron a la presente (¡la primera de 1849!), algunas de ellas con más de una reimpresión. El libro, orientado a la práctica, incluye apéndices con el texto de la legislación y convenios internacionales, así como formularios varios

FRANCISCO RAMOS

Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich, herausgegeben von K. H. Böckstiegel, mit Beiträgen von Detlev von Breitenstein, Roland Funck-Brentano, Jacques Mauro, Ernst H. Mezger, Richard Neuer y Alexander Schill, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, X + 166 páginas.

Los Decretos de 14 de mayo de 1980 y 12 de mayo de 1981 dieron nueva redacción a los arts. 1442 a 1507 del Nouveau Code de Procédure Civile francés en materia de arbitraje. La reforma ha significado una apertura al desarrollo de la institución arbitral en Francia, sede de numerosas instituciones arbitrales de carácter internacional. Una cosa es acoger en un país a una institución arbitral permanente, otra cosa muy distinta es que efectivamente pueda arbitrase en dicho país. Esto último depende en gran medida de lo favorables que resulten las leyes de arbitraje de dicho país. Si existe el riesgo de vincular el desarrollo del arbitraje en una sede determinada a las normas de procedimiento del Código de dicho país, entonces el clima no puede decirse que sea demasiado favorable. En efecto, la tendencia del arbitraje internacional es dar preeminencia a la voluntad de las partes incluso en cuanto a las reglas de procedimiento, de tal manera que éste puede desarrollarse sin ninguna vinculación con una concreta ley procesal. Este y otros obstáculos han sido superados por la reforma francesa que, como se ha indicado, ha resultado vital para el desarrollo de la institución arbitral.

El libro reúne una serie de conferencias de abogados expertos en arbitraje que sirvieron de tema de discusión y coloquio en una reunión del Deutsches Institut Schiedsgerichtswesen. Los trabajos que se contienen son los siguientes:

MAURO, J., *La reforma del arbitraje interno en Francia.*

VON BREITENSTEIN, D., *El arbitraje internacional en el derecho francés.*

MEZGER, E., *Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros o recaídos en asuntos internacionales.*

NEUER, R., *Problemas prácticos del arbitraje.*

SCHILL, A., *El procedimiento del arbitraje internacional en Francia desde la perspectiva de la Cámara Internacional de Comercio.*

FUNCK-BRENTANO, R., *La amigable composición.*

Como apéndices a la obra se incluyen los textos reformados, en versión francesa y alemana, y diversas resoluciones jurisprudenciales.

FRANCISCO RAMOS

SALEH, Samir, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East, A Study in Shari'a and Statute Law*, Graham & Trotman Limited, Sterling House, 66 Wilton Road, London, 1984, XXI + 494 páginas, 93 \$ USA.

Una obra como la presente es francamente novedosa para el mundo jurídico occidental. No hace falta resaltar aquí la importancia del comercio árabe, ni la presencia en nuestro ámbito de intereses comerciales de países del próximo Oriente. De aquí que cada vez más surja la necesidad de aproximarse a la experiencia jurídica de dichos países, que, en muchas ocasiones, nos resulta completamente desconocida.

El libro de Samir SALEH se ocupa extensamente del arbitraje comercial interno en los países del Medio Oriente, tanto a la luz de la Shari'a (ley islámica), como de las diversas leyes nacionales, precedentes jurisprudenciales, doctrina legal y costumbres locales.

La primera parte del libro, sumamente novedosa para el lector occidental, se ocupa del arbitraje al amparo de la legislación islámica. El autor expone las principales fuentes de la Shari'a (Qur'an, Sunna, Qiyās, Ijmā') y explica el desarrollo de un proceso arbitral sometido a dichos preceptos islámicos. En cada capítulo se hace uso de la autoridad de las principales escuelas jurídicas islámicas. Relevante es asimismo el capítulo dedicado al tratamiento de las repercusiones de un elemento de extranjería en un arbitraje sometido a la Shari'a.

La segunda parte del libro contiene una completa exposición de las fuentes legislativas modernas del arbitraje en los siguientes países: Siria, Líbano, Jordania, Iraq, Egipto, Libia, Kuwait, Bahrein, Arabia Saudí, Qatar, los Emiratos Arabes Unidos (Abu Dhabi, Dubai, Sharjah), Oman y Yemen del Norte.

Finalmente se dedican sendos capítulos de la obra a la Convención interárabe sobre ejecución de sentencias y laudos arbitrales, conciliación y arbitraje según la Convención sobre inversiones de capital árabe, y los Centros de arbitraje especializados en resolución de litigios entre partes árabes o intereses árabes.

La novedad de la obra es obvia. Su valor reside, en mi opinión, en dos características complementarias: la traducción del mundo oriental del arbitraje a los esquemas vigentes en occidente, de tal manera que se hace accesible a los lectores occidentales, y en la completa colección de fuentes orientales sobre la institución. Ello hace viable un estudio comparativo sobre este importante medio de resolución de disputas comerciales, que también en los países del Medio Oriente resulta cada vez más dinámico.

La obra incluye un glosario de términos árabes y una completa lista bibliográfica.

FRANCISCO RAMOS

RAUH, K., *Die Schieds- und Schlichtungsordnungen der UNCITRAL*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Bonn, Berlin, München, 1983, XVIII + 215 páginas.

Desde el comienzo de sus actividades la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se vino ocupando de elaborar un reglamento de arbitraje que pudiese servir como alternativa al arbi-

traje administrado, monopolizado por las instituciones permanentes de arbitraje y que, a la vez, ofreciese un mayor régimen de autonomía a las partes para fabricarse un arbitraje a su medida. Lo cual es particularmente relevante en asuntos de comercio internacional en el que intervienen partes provenientes de países en vías de desarrollo. El reglamento fue aprobado en el noveno período de sesiones de la CNUDMI y finalmente la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada el 15 de diciembre de 1976 adoptó la resolución 31/98 recomendando el uso y difusión de dicho reglamento.

Aunque las reglas elaboradas por la CNUDMI se refieren básicamente al arbitraje *ad hoc*, no son incompatibles con el arbitraje institucionalizado. De ahí que todas las instituciones arbitrales internacionales se hayan apresurado a ofrecer a las partes la posibilidad de conducir un arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI, reservándose ellas las funciones de la autoridad nominadora. Tal ha sido el ejemplo de instituciones como la American Arbitration Association, la Cámara Internacional de Comercio, o la recientemente creada Corte Española de Arbitraje, entre otras.

La obra de RAUH contiene una exposición detenida del reglamento de arbitraje de la CNUDMI, que deja al descubierto aquellos puntos que pueden convertirse en una trampa para la inexperiencia de las partes. Tal podría ser el caso del nombramiento de árbitros en el caso de que no se haya previsto la autoridad nominadora y que por ello hubiera que recurrir al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya. Los sucesivos capítulos de la obra están dedicados al estudio de la cláusula arbitral, el nombramiento del Tribunal arbitral, el procedimiento del arbitraje, el laudo, los recursos y ejecución del laudo. Al final de cada capítulo se contienen unos cuadros sinópticos en los que se recogen comparativamente las correspondencias entre los reglamentos de arbitraje de la CNUDMI, CCI, Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y Cámara de Comercio de Zürich.

El último capítulo está dedicado al reglamento de conciliación de la CNUDMI, recientemente elaborado y concebido como una alternativa complementaria del arbitraje como medio pacífico de solución de disputas. Complementan la obra los textos de los reglamentos estudiados por el autor.

FRANCISCO RAMOS

REAL, Gustav K. L., *Der Schiedsrichtervertrag, Inhalt und rechtliche Regelung im deutschen Recht mit rechts vergleichenden Ausblicken*, Karl Heymanns Verlag KG, Köln, XXI + 317 páginas.

La conocida terminología de GUASP, contrato de dación y recepción de arbitraje, es sin duda la traducción más exacta del título de esta obra. Con ello, además, queda perfectamente centrado el tema específico que aborda. No obstante, el autor, lejos de inscribirse en la teoría contractualista o material del arbitraje, como podría dar a entender el título, se pronuncia claramente por la teoría procesal. A justificar esta opción está dedicada toda la primera parte de la obra, que se abre con un par de curiosas citas del Edicto del Pretor y de una Epístola de San Pablo a los Corintios.

A partir de esta toma de postura inicial sobre la naturaleza jurídica de la dación y recepción del arbitraje, el autor estudia los sucesivos momentos de este «contrato»: la conclusión del mismo y el alcance que tiene el nombra-

miento del árbitro; los diversos defectos de capacidad del árbitro y la forma de subsanarlos o combatislos; los deberes del árbitro, sobre todo en lo que se refiere a la observancia de las garantías fundamentales del procedimiento y a la dación del arbitraje; la responsabilidad del árbitro, que excluye la derivada del contenido del laudo arbitral; los derechos del árbitro y la terminación del contrato de dación y recepción de arbitraje en sus diversas eventualidades.

Existen referencias al derecho comparado, agrupadas básicamente en dos capítulos, y que se refieren a los ordenamientos austríaco, suizo, francés, belga, griego e inglés.

En un extenso apéndice se recogen los principales textos positivos de derecho comparado que el autor ha manejado.

FRANCISCO RAMOS

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Embargo, hipoteca y ejecución procesal del establecimiento mercantil. A propósito de la Ley de Hipoteca Mobiliaria sobre establecimientos mercantiles*, Semanario de Derecho Procesal, San Sebastián, 1983, 292 páginas.

El objeto central de esta obra es el análisis de la problemática que en el proceso civil (ejecutivo) plantea el tratamiento legal del establecimiento mercantil, con especial consideración de la ejecución procesal de las hipotecas mobiliarias de los establecimientos mercantiles.

Para este estudio fija el autor su atención en la Ley de Hipoteca Mobiliaria en la que se considera que se configura el establecimiento mercantil como la base física de la empresa susceptible, por su misma patrimonialidad, de ser objeto de negocio jurídico.

La primera parte de la obra está dedicada a dos grandes temas: el concepto jurídico-positivo del establecimiento mercantil y la configuración del establecimiento mercantil en el proceso jurisdiccional civil. La segunda parte estudia el establecimiento mercantil como objeto de la hipoteca mobiliaria y la tercera y última analiza la estructura de la ejecución procesal de la hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil.

Entre otras conclusiones a que llega el Prof. LORCA NAVARRETE en este trabajo, que constituye su tesis doctoral española, pueden señalarse: Que el establecimiento mercantil en nuestro sistema jurídico procesal carece de personalidad jurídica y en consecuencia de capacidad para ser parte; y que, a diferencia de la Ley de Hipoteca Mobiliaria que considera el establecimiento mercantil como un todo organizado para el supuesto de que fuese objeto de ejecución procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé el que un establecimiento mercantil pueda ser objeto de embargo, por lo que la ejecución recaerá sobre los distintos elementos que lo componen.

J. FRANCO

BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El Ombudsman. (La defensa de los intereses difusos)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, 302-XIX páginas.

El Prof. BARRIOS, profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, intenta a través de esta obra introducir al público no especializado, pero con un dominio primario de las nociones jurídicas, en el estudio del proceso. La dialéctica genético-funcional es el ángulo de enfoque de todos los temas que trata. La estructura de la obra está formada por diez capítulos de los que el primero es una introducción y los nueve restantes desarrollan una selección de temas procesales. La introducción y los temas se complementan para lograr acercar el lector al proceso.

La introducción aborda tres aspectos: Estudia el proceso como fenómeno inserto en el ordenamiento jurídico, nos aproxima a la figura del juez señalando sus semejanzas y diferencias con otros sujetos jurídicos, su relación con las partes y su peculiaridad como mecanismo de protección jurídica y analiza el proceso como parte integrante de la realidad.

Una vez superados estos tres peldaños el estudio se adentra en las nociones de Derecho Procesal y Proceso. Ambos temas reciben una cuidadosa atención. Las fuentes, sus caracteres generales y el ámbito espacial de las normas procesales son algunas de las materias que se tratan en el marco del Derecho Procesal. El Proceso se estudia desde cuatro vertientes: la noción, el sistema, la finalidad y la naturaleza jurídica, conjugando las tesis personales con la exposición y valoración de las posturas clásicas.

Los tres capítulos siguientes están dedicados a las partes. La defensa judicial de los intereses difusos y la figura del Ombudsman tienen aquí su espacio. Considera legitimados para promover acciones correspondientes a intereses difusos al Ministerio Público, a las asociaciones de interesados y a los interesados mismos, individualmente considerados. La naturaleza del Ombudsman es estudiada desde una doble perspectiva sociológica y jurídica. Sociológicamente inserta al Ombudsman en el sistema de control social. Desde la perspectiva jurídica le considera un «órgano autónomo y complementario con función de policía sobre la acción jurídica pública concreta».

Los cuatro últimos capítulos, del VII al X, tienen carácter estructural. El primero intenta reproducir, arrumbar y sustituir la doctrina clásica sobre conocimiento y ejecución. Para el Prof. BARRIOS «todo proceso es de conocimiento» incluso el proceso de ejecución. La ejecución «es una especie del conocimiento caracterizada, fundamentalmente, por su finalidad última». El segundo trata de encauzar la doctrina secular francesa de la «astreinte» en los derroteros de la doctrina genético-funcional, aplicando sus soluciones a problemas de la reciente legislación argentina y uruguaya. El turno del proceso concursal presenta un intento de simplificar y tecnificar el engorro natural de los concursos. Un estudio del binomio tiempo y proceso y la clasificación de los procesos por su correlación en el tiempo cierran esta interesante obra.

J. FRANCO

SASSANI, Bruno, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Maggioli Editore, Rimini, 1983, 199 páginas.

Esta breve obra de SASSANI —que forma parte de la serie de publicaciones de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la Universidad de Perusa— no es, ni pretende ser, una exposición sistemática del concepto de *interesse ad agire*, establecido por el art. 100 del *Codice di procedura civile*.

Produce al autor perplejidad que la importancia de la norma del interés en el *Codice* y en la praxis jurisprudencial, no haya motivado una definitiva aclaración doctrinal del concepto, hallándose desde hace tiempo en suspenso el debate sobre el mismo.

Ello genera una situación confusa cuyos factores más relevantes serían los siguientes: preponderancia —al enfrentarse con el problema— de los planteamientos dogmáticos sobre los hermenéuticos; la confusión del momento de la determinación del concepto de interés con el de apreciación de su concurrencia en el caso concreto; mantenimiento jurisprudencial de un concepto de interés como lesión del derecho —y por tanto integrante de la cuestión de fondo— contradictorio con su consideración como presupuesto procesal; ambigüedad del concepto de utilidad —¿material?, ¿procesal?— que suele utilizarse para definir el interés; utilización del concepto como «comodín» para explicar los más diversos fenómenos y marginación de algunas relaciones, tales como la existente entre *interesse ad agire* y el interés como situación legítimamente en el proceso administrativo y, más excepcionalmente, en el civil.

Se enfrenta, en primer término, el autor con las posturas doctrinales que consideran el concepto de interés como superfluo, puesto que en la configuración normativa de la acción ya se halla implícita la consideración del interés, del que no es necesario ofrecer una alegación y prueba específicas (RENTI, ALONSO). La crítica de SASSANI, que recuerda una tesis bastante difundida en la doctrina alemana sobre el tratamiento de la *Rechtsschutzbedürfnis*, es la siguiente: en las llamadas acciones atípicas el interés no ha sido legalmente valorado y reconocido, por lo que se requiere su positiva demostración caso por caso; pero incluso en las típicas, ese interés normativamente presupuesto puede faltar, por excepción, en el caso concreto, de modo que el art. 100 conserva su carácter preceptivo, permitiendo al demandado que se defienda alegando esa falta.

En el capítulo III, considera la funcionalidad atribuida a la norma del *interesse ad agire* para justificar la admisibilidad en el ordenamiento italiano de una figura general de acción merodeclarativa. No cabe afirmar, sin más, que la segunda derive de la primera, por cuanto uno es —y a resolver previamente— el problema de si el ordenamiento admite una modalidad de tutela jurisdiccional y otra cosa que, admitida, la subordine en concreto a la existencia de un interés en obtenerla. En efecto, si bien se mira la tesis chiovendiana favorable a la admisibilidad general de la mera declaración, se observa que no atribuye a la norma del interés una directa eficacia generadora: ésta corresponde más bien al conocido postulado de que «*il processo deve dare per quanto e possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*». Ocurre, sin embargo, como aclara SASSANI, que la norma del interés ha sido un dato relevante para resolver aquel problema previo, en cuanto «sugería» o suponía el principio de que sí existe un interés debe haber una tutela adecuada al mismo.

Arrancando de la consideración de la crítica de SATTA, el capítulo IV versa sobre la naturaleza y función del *interesse ad agire*. La naturaleza del interés

es material: el juicio sobre su existencia o no es fruto de una valoración de los intereses materiales en juego. Pero la función del interés —en el artículo 100 Cpc— es procesal, no porque tenga por objeto el mero actuar en el proceso, sino porque es presupuesto de la admisibilidad de ese actuar. Por esta razón, el interés —aunque de naturaleza material— no puede confundirse con el derecho subjetivo, puesto que éste es el objeto mismo de la declaración judicial.

En los tres últimos capítulos se investiga la relación de la norma del interés con normas que se refieren al mismo como situación legitimante.

Dejando para el capítulo VI la crítica de las posturas que niegan netamente que esa relación exista, extrae el autor en el capítulo V las consecuencias de tesis mantenidas —especialmente en el capítulo IV— en orden a explicar la naturaleza y función del *interesse legítimo* en el proceso administrativo: si bien ese interés es material, su función es sólo procesal porque se limita a condicionar la admisibilidad del pronunciamiento sobre la conformidad o no a Derecho de la actividad administrativa, que es lo que constituye la cuestión de fondo del proceso.

Excepcionalmente también en el proceso civil es el interés una situación legitimante. En general, la doctrina entiende, sin embargo, que ese interés no tiene nada que ver con el *interesse ad agire*, puesto que el tema de la legitimación ha de resolverse previa e independientemente, conduciendo esto último a que se afirme, sin más, que estas situaciones legitimantes se concretan en la titularidad de una relación jurídica dependiente del derecho deducido en juicio. Para el autor esta conclusión revela una aplicación reduccionista de las normas que hacen del interés una situación legitimante: la legitimación del titular de la relación dependiente no se explica sólo por la eficacia refleja de la sentencia, sino por la utilidad que esa sentencia puede tener para él, presunta esa eficacia refleja. El método de determinación del interés legitimante es, pues, idéntico al del *interesse ad agire*, al tiempo que aparece injustificado retringir esta legitimación sólo a aquellos a quienes la sentencia puede ser útil en virtud de aquella específica posición respecto al derecho deducido.

En el último capítulo se ocupa el autor de la importancia de la norma del interés para una interpretación sistemática del art. 102 del *Codice*, relativo a la integración del contradictorio en supuestos de litisconsorcio necesario no respetado inicialmente. Salvo cuando la ley dispone la participación en el proceso de una pluralidad de personas, es la norma del interés la que proporciona el *quid* para el ejercicio de la potestad del par. 2 del art. 102, en el sentido de que el juez debe valorar si, dado lo pedido y los términos subjetivos en que ha quedado planteado el proceso, la sentencia puede proporcionar o no una «mínima utilidad suficiente», en otros términos, satisfacer un interés, ejercitando, si la conclusión es negativa, aquella potestad.

Probablemente por su brevedad, por el tratamiento más intenso que extenso de la materia, el libro no es de fácil lectura. La argumentación aparece muy concentrada y exige para su cabal comprensión un amplio conocimiento del debate —no menos amplio— sobre el tema del interés en el proceso.

El tema se halla, entre nosotros, huérfano de un tratamiento doctrinal suficiente —si se excluye la faceta del interés directo en el proceso administrativo—. Ello tal vez se deba a la falta de una norma del alcance del art. 100 del *Codice*, pero hay en nuestro ordenamiento normas que conceden relevancia procesal al interés y también una utilización de ese concepto en la práctica que postulan una adecuada investigación.

M. ORTELLS

SEMINARIO DE DERECHO CONCURSAL

Entre los días 31 de enero y 5 de abril de 1984 se ha desarrollado en el Colegio de Economistas de Cataluña un Seminario sobre Derecho Concursal, bajo la dirección de Don Manuel Serra Domínguez, en el que han intervenido los siguientes profesores: Don Pedro Miro-sa Martínez, Don Juan Pique Vidal, Don Juan Prat Rubí, Don José María Sagrera Tizón, Don Manuel Serra Domínguez y Don Luis Usón Duch.

Se han analizado, partiendo de la legalidad vigente pero prestando la mayor atención a los diversos proyectos de reforma y a las soluciones del derecho comparado, veinte distintos temas: Introducción al Derecho Concursal; Los sujetos de la quiebra; Presupuestos de la quiebra; Procedimiento de la quiebra; La masa de la quiebra; La retroacción de la quiebra; Quiebra fraudulenta, culpable y fortuita; La calificación de la quiebra; Créditos privilegiados; El convenio con los acreedores en la quiebra; Naturaleza jurídica y principios de la suspensión de pagos; El procedimiento de la suspensión de pagos; Presupuestos de la suspensión de pagos; Los interventores en la suspensión de pagos; El convenio en la suspensión de pagos; Oposición e incumplimiento del convenio; Sanción penal de la quiebra y de la suspensión; Las personas jurídicas y los procesos concursales; Los procesos concursales en el derecho comparado; y La práctica de los procesos concursales.

Al término de dicho Seminario fueron aprobadas las siguientes conclusiones:

Primera. — La realidad legislativa en materia de derecho concursal es realmente caótica y no responde a las exigencias mínimas de tutela jurisdiccional protegidas por el artículo 24 de la Constitución. La incidencia de cinco diversos textos legales principales y varios secundarios sobre la temática concursal, provoca una extraordinaria confusión en la elección de las fuentes aplicables a cada caso, dándose además la paradoja de que subsisten gran número de lagunas, y de

que una misma situación concursal puede ser objeto de diversos tratamientos procesales incompatibles entre sí, al no estar suficientemente perfilados los criterios distintivos entre las varias situaciones concursales.

Segunda. — Ante la inadecuación legislativa, la práctica concursal ha operado en gran número de ocasiones al margen de las normas legales, determinando que sean rarísimos los supuestos de suspensiones de pagos y quiebras en los que los acreedores logren percibir un porcentaje de su crédito, por pequeño que sea éste, operando el proceso concursal como simple medio de paralización de las actuaciones de determinados acreedores, en beneficio de otros, como el Estado y los trabajadores, no afectados en la mayoría de las ocasiones por la suspensión concursal.

Tercera. — Resulta inaplazable una reforma íntegra del proceso concursal, para cuya efectividad será indispensable al propio tiempo una revisión total de la Administración de Justicia; reforma que debe descansar como mínimo en tres principios básicos: la unificación de procesos concursales; la supresión de privilegios injustificados; y la revisión íntegra de la retroacción.

Cuarta. — Consideramos indispensable unificar en uno solo todos los procedimientos concursales, careciendo de sentido el mantenimiento de los cuatro procedimientos actuales, y establecer un procedimiento tipo para la tramitación de las situaciones de insolvencia, sin distinguir si el insolvente ejerce o no el comercio, sin perjuicio de regular las especialidades aplicables a determinadas categorías de deudores. Los actuales concurso, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos deben unificarse en un procedimiento único, sin perjuicio de que, en casos especiales y con las debidas garantías, se facilite la obtención de un convenio sin necesidad de apertura de un proceso concursal.

Quinta. — Deben introducirse en el Código Civil, en el Código de Comercio, en las leyes fiscales y en el Estatuto de los Trabajadores las modificaciones necesarias para suprimir los numerosos y en gran parte injustificados privilegios de determinados acreedores que no resultan en absoluto afectados por el procedimiento concursal, y que en gran número de casos son los únicos que perciben sus créditos con merma del principio de la «par conditio creditorum». Únicamente podrían mantenerse los privilegios objetivos necesarios para la seguridad del tráfico —hipotecas y prendas—, y, con ciertas limitaciones, los fundados en la condición subjetiva de los acreedores: Estado y trabajadores.

Sexta. — Debe terminarse igualmente con la inseguridad resultante de la predominante interpretación jurisprudencial y doctrinal en torno a la retroacción de la quiebra, que debe desaparecer cediendo el paso a unas adecuadas acciones de impugnación similares a las establecidas actualmente en el Código de Comercio, regulando un procedimiento rápido para la reintegración a la masa de los bienes fraudulentamente sustraídos de la misma.

Séptima. — Deben ser, entre otras varias cuestiones, tomadas en consideración a efectos de una nueva Ley concursal los siguientes principios:

a) Posibilidad de que determinados deudores insolventes de buena fe que ofrezcan serias garantías reales de cumplimiento del convenio, puedan evitar el procedimiento concursal, mediante un procedimiento simplificado para su aprobación.

b) Reforzamiento de las facultades del Juez, que debe ser unida a un más cuidadoso sistema de selección y perfeccionamiento, confiándoseles la declaración de los créditos incluidos en el concurso, la elección entre el convenio o la liquidación como medios para la solución del concurso, y, en su caso, la determinación del sistema más idóneo de liquidación.

c) Introducción de la figura de los Síndicos, profesionalizando su función, que sustituiría los actuales Comisario, Depositario, Interventor y Síndicos, y configurándolos como asesores empresariales del Juez, que asumen además las funciones de representación y defensa de la masa activa y pasiva del concurso. Debería prestarse especial atención a su remuneración y a su responsabilidad.

d) Establecimiento de una comisión de Acreedores que se reuniría periódicamente, cumpliría funciones de representación de los acreedores, y cuyo dictamen sería preceptivo en determinadas actuaciones relevantes para el concurso; permitiendo así que la Junta de Acreedores se reuniera el menor número de ocasiones posible, y sólo para los actos de mayor trascendencia.

e) Regulación cuidadosa de los presupuestos del concurso, manteniendo el sobreesimiento general como presupuesto básico, pero perfilando al propio tiempo una relación no exhaustiva de actos determinantes del concurso, tendentes a evitar el fraude. Los trámites procesales para la declaración del concurso deberían ser profundamente modificados, estableciendo la audiencia previa del deudor, y en su caso de los acreedores, sin perjuicio de adoptar previamente las medidas cautelares precisas para evitar maniobras fraudulentas del concursado.

f) Limitación de los gastos del concurso, que pasarían a considerarse como deudas preferentes de la masa, y serían satisfechas úni-

camente con el producto del concurso, sin necesidad de su anticipación.

g) Determinación de la responsabilidad penal del concursado, tipificando claramente los supuestos de responsabilidad penal, que quedaría sin efecto en los supuestos de cumplimiento del convenio o de rehabilitación del concursado previo cumplimiento de sus obligaciones económicas.

Octavo. — El Anteproyecto de Ley Concursal elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, aun recogiendo parcialmente algunas de las anteriores aspiraciones, por lo que puede estimarse como una importante mejora respecto de la insostenible situación actual de los procesos concursales, adolece de importantes defectos que hacen aconsejable una reconsideración de varios puntos. Con carácter general debe señalarse el carácter profundamente innovador de algunas de las reformas, que no han sido contrastadas ni en nuestro Derecho histórico, ni en el Derecho comparado, lo que suscita grandes incógnitas en orden a su efectividad. Y, sin ánimo de efectuar un análisis exhaustivo, conviene señalar como principales defectos la falta de protección del deudor de buena fe; el mantenimiento de privilegios inadmisibles del Estado, siendo el impago de los tributos determinante de la declaración de concurso, pese a lo cual se le conceden privilegios generales y especiales, que contrastan con la pérdida del privilegio de separación de la hipoteca, que se tramitará conjuntamente con el proceso concursal, lo que puede retraer considerablemente el crédito inmobiliario; el mantenimiento de un sistema de retroacción absoluta, aunque limitada a dos años, que pugna con las soluciones del derecho comparado, e introduce un elemento de inseguridad en las relaciones jurídicas; así como la introducción a título experimental de la gestión controlada, trasladada de la legislación italiana pese al fracaso práctico en dicho país. Tampoco satisface plenamente la regulación dada al convenio dentro del procedimiento concursal, estimando necesaria una calificación judicial sobre la seriedad y viabilidad del convenio presentado, para evitar dilaciones procedimentales.

M. SERRA

JORNADAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Los pasados días 22 a 24 de mayo de 1984 se celebraron en Sevilla y Jerez de la Frontera, organizadas por los respectivos Departamentos de Derecho Procesal de las Universidades de Sevilla y Cádiz, unas Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. A las mismas prestaron su colaboración el Consejo General del Poder Judicial, el Vicerrectorado de Extensión Universitaria de la Universidad de Sevilla, las Facultades de Derecho de Sevilla y Jerez de la Frontera, la Fundación Universitaria de Jerez de la Frontera y la Asociación Derecho y Democracia de Sevilla.

La apertura tuvo lugar en Sevilla el día 22 por la tarde en el Paraninfo de la Universidad y corrió a cargo del Rector de ésta. En ella el Profesor Infante Macías se refirió a la relación entre el mundo universitario y la sociedad, resaltando la oportunidad del encuentro y glosando la figura del Profesor Gutiérrez-Alviz y Armario, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla y maestro de un nutrido grupo de procesalistas españoles reunidos estos días en homenaje a su persona. Fue precisamente este último Profesor el que, a continuación, procedió a la presentación de las Jornadas, destacando la finalidad a perseguir de un debate público y sereno sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en unos momentos delicados y decisivos para el futuro de la Justicia en España.

Terminado el acto inaugural, comenzó la exposición y debate de la primera ponencia, titulada: *Personal Judicial*.

En primer lugar intervino Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Excma. Audiencia Territorial de Sevilla. En su discurso, después de aludir al carácter no definitivo del Proyecto y a la naturaleza particular de sus opiniones, centró su atención en la importancia de la futura Ley Orgánica que afectará a uno de los poderes básicos del Estado. De inmediato relacionó lo afirmado con la Constitución y manifestó que en esta materia hay que seguir las pau-

tas del texto fundamental patrio. Por ello se parte de los parámetros constitucionales, el principal de los cuales es el de la independencia.

En lugar de jueces y magistrados de carrera, en el citado Anteproyecto se habla de técnicos; tampoco se contempla el Jurado ni el Escabinato, aunque sí los Jueces de Paz, añadió.

Mención especial merecen sus palabras alusivas a que, respondiendo a pautas del siglo diecinueve, no se presta la atención debida al fenómeno de la amplia tarea de garantizar los derechos fundamentales de la persona. Igualmente, criticó la falta de referencia expresa a la legitimidad democrática del juez.

Respecto a la adquisición de la condición de jueces y magistrados, indicó que hay que desdramatizar la cuestión, siendo más importante el ejercicio que el origen y debiendo contemplarse aquí el Derecho histórico y el comparado. El sistema de elección —siguió diciendo— no tiene necesariamente que identificarse con un determinado sistema político. No se trata de un problema de derechas o de izquierdas. Siempre han existido e, incluso, hoy día existen diversos sistemas de ingreso en los distintos Estados de Derecho.

¿La preocupación radica —planteó— en el incremento del número de jueces o en la consolidación de un sistema permanente? El ponente de nuevo se preguntó, para finalizar, si este tema estaría relacionado con el posible cambio en el futuro de la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Después, tomó la palabra Perfecto Andrés Ibáñez, Consejero del Consejo General del Poder Judicial. Manifiesta su inclinación a hablar de lo que no le gusta, mejor que alabar lo que le gusta. El quiere cambiar la realidad, al menos esta parcela.

Afirma que el Anteproyecto no va muy lejos y que, a su juicio, en el mismo hay ausencia de reflexiones serias sobre la justicia; se ha y jerarquía no se llevan bien y aquí se percibe dicha contradicción, de Justicia no ha sido muy progresista. El Poder Judicial ha tenido encomendado en el Estado liberal un servicio o propósito político, más que de garantía. En el momento presente, la Constitución de 1978 marca las líneas generales de la puesta a punto de la organización judicial.

Un tema que le interesa especialmente es el de la independencia interna. Considera que ciertos aspectos jerárquicos y disciplinarios son reflejo, en cierta manera, de la contradicción que ya latía en el seno de la organización judicial en el Estado liberal. Independencia y jerarquía no se llevan bien y aquí se percibe dicha contradicción, por lo que hay que revisar esto.

Con ello tiene relación también el tema de la responsabilidad. Hay que plantearse la supervivencia del antejuicio, pues éste sigue siendo un mecanismo de autoprotección gremial, afirma. Además, el

Anteproyecto en cuestión no entra en la responsabilidad política, que poco a poco se va imponiendo entre nosotros.

Termina refiriéndose a las asociaciones, que hacen política judicial, al problema candente de la elección de todos los miembros del CGPJ y a la demanda constitucional de una organización judicial más horizontal.

Concluida la exposición de la primera ponencia, se abrió el correspondiente turno de debate, que fue moderado por Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.

Al día siguiente, por la mañana, se expuso y discutió la segunda ponencia, sobre: *El Ministerio Fiscal*.

La primera intervención corrió a cargo de Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante.

Destaca su intención de ceñirse solamente al aspecto de la naturaleza jurídica del M. F., pues, según sea ésta, así serán sus normas supletorias. Después del comentario sucinto de su evolución histórica, lo contempla en su Estatuto Orgánico y en el Anteproyecto. El M. F. como órgano del Poder Judicial —dice— no es una cuestión baladí, insignificante.

Sigue afirmando que, según se mantenga una postura administrativa o jurisdiccional, así repercutirá en el principio de oportunidad. También, esta consideración de uno u otro tipo influirá en la posibilidad de suspensión de algunos derechos fundamentales (intervención de teléfonos, etc.). Actualmente, asistimos a una expansión del M. F. (ej.: en el cierre de una publicación, la petición de éste es vinculante; igualmente, está facultado para efectuar detenciones preventivas). Si tuviera naturaleza jurisdiccional, cambiaría su posición respecto a la prueba en el proceso penal (a propósito recuerda que el artículo 5.3 del Estatuto Orgánico, al conceder valor de documento auténtico a los actos del M. F., viola el principio de igualdad de las partes). En suma, según sea la naturaleza jurídica, así serán sus consecuencias prácticas.

Con la Constitución en la mano hay argumentos a favor de una u otra tesis. Así, cita los preceptos 124 (órganos propios), 127.1 (incompatibilidades similares a jueces y magistrados) y 124.1 (velar por la independencia de los Tribunales; lógicamente, ha de ser independiente del Ejecutivo), en un sentido, y los artículos 117 (jurisdicción exclusiva a jueces y magistrados), 122 (autogobierno sólo a éstos) y 124 (el Gobierno nombra al Fiscal General; no cabe autogobierno, pues), en otro.

Finalmente, él se pronuncia por la tesis de que el M. F. es dependiente jerárquicamente y no ejercita la potestad jurisdiccional. En su opinión, éste no es encuadrable dentro del Poder Judicial. Especial

hincapié hace en que las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales deben emanar exclusivamente del Poder Judicial.

A continuación, le corresponde el turno a Alfredo Flores Pérez, Teniente-Fiscal de la Excma. Audiencia Territorial de Sevilla. En sus primeras palabras alerta sobre que el M. F. continúa aún en busca de su identidad. Hay una tendencia a considerarlo custodio de la legalidad democrática; no custodio indiferente, imparcial. Ya no son hombres del Rey cerca de la Justicia; hoy son hombres del Ejecutivo, de una opción política concreta.

¿Estamos en el ámbito del Poder Judicial?, se pregunta. En el Estado Orgánico de 1926, el M. F. dependía claramente del Ejecutivo. La Constitución de 1978 lo ubica en el título VI, relativo al Poder Judicial. La dependencia o no debe referirse al cuerpo entero, no a sus miembros, que sí son dependientes; ha de predicarse de la institución, no de ellos individualmente.

¿Qué es el Anteproyecto comentado? ¿Qué significa? El fiscal sigue velando por la independencia de los Tribunales. Se atribuye, también, la instrucción del proceso a los jueces, no a los fiscales. En el nombramiento del Fiscal General interviene el Consejo de Ministros. En otros cargos provee el Gobierno. Por ello, el congreso de la Asociación de Fiscales (Fuengirola, 1982) abogó porque el Anteproyecto no constituya un paso atrás respecto al vigente Estatuto Orgánico.

¿Dónde ubicar, pues, al M. F.? No se le puede hacer depender del Ejecutivo (pues interviene en asuntos en que éste está interesado: legalización de asociaciones políticas, algunos recursos de amparo, comités de investigación designados por las Cortes, etc.), aunque está vinculado al mismo. También está vinculado a las Cortes Generales. Igualmente se relaciona con el Poder Judicial, según marquen las leyes. Pero, en síntesis, no depende de ninguno de los tres poderes del Estado.

El moderador del debate de la segunda ponencia fue Manuel Morón Palomino, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna.

La tercera ponencia versó sobre: *El Consejo General del Poder Judicial*.

El primero en intervenir fue Antonio Sotillo Martí, Presidente de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Cita el artículo 117.1 de la Constitución y se detiene a contemplar la independencia, refiriéndola frente a la sociedad, a los otros poderes y a la organización judicial. El principio de legalidad es sinónimo de independencia. Trayendo a colación a Calamandrei, afirma que la independencia no es un fin en sí mismo, sino un medio. Sobre esto trata la primera parte de su breve discurso, amén de manifestar que

no toda jurisdicción corresponde al Poder Judicial (ej. el Tribunal Constitucional).

Aborda, después, el tema del autogobierno (art. 122 C. E.). Analiza el Derecho comparado de algunos países de nuestro entorno cultural y geográfico (Francia, Alemania, Italia y Portugal), calificando el proyectado en España como un sistema relativo de autogobierno. El autogobierno —dice— no se deriva necesariamente del principio de independencia, pues habría que concluir que donde no hay autogobierno no hay independencia.

Sobre las facultades del CGPJ, aunque sucintamente, analiza aspectos tales como la iniciativa legislativa, la facultad de informe, la potestad reglamentaria y la potestad presupuestaria, deteniéndose en cada uno de ellos y valorándolos siempre en la medida de su inclusión o no en el Anteproyecto.

Su intervención, claramente progubernamental y partidaria del citado Anteproyecto, culmina con la mención expresa del informe que sobre éste ha sido emitido por el CGPJ, informe que, a su entender, contiene grandes aciertos, junto a puntos en los que adopta una respetuosa actitud de discrepancia.

Le sigue en el uso de la palabra Diego Palacios Luque, Consejero del Consejo General del Poder Judicial, quien, por imperativos de última hora y expresa delegación, sustituye a Federico Carlos Sainz de Robles, Presidente del CGPJ y Presidente del Tribunal Supremo.

Lo que interesa, en su opinión, más que la estructura y desarrollo actual, es la evolución y el cambio de rumbo que se está avizorando en un inmediato futuro, por lo que respecta a la materia objeto de la ponencia.

Una vez recordado que hasta la fecha el importante título VI de la Constitución ha sufrido un desarrollo legislativo parco, declara que asume íntegramente el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LOPJ. Informe polémico, reconoce, como lo demuestra el eco que ha tenido en la prensa, pero que constituye una crítica constructiva.

Ante la imposibilidad de ofrecer una exposición detallada en el tiempo asignado para su intervención, indica su intención de detenerse en algunos puntos importantes, para más tarde, en el turno de debate, descender a los extremos que los asistentes soliciten.

Respecto al artículo 122 de la C. E. y al Anteproyecto, considera que se ha dado un paso atrás. Dice que la historia de la magistratura española es la historia del sometimiento de ésta al Poder Ejecutivo. Aunque la independencia de los jueces y magistrados ha sido valientemente defendida en ocasiones muy difíciles, no basta con ello, siendo deseable la independencia del Poder Judicial.

No se trata de un autogobierno, sino de un múltiple gobierno al que se va a llegar (referencia directa a los Estatutos de Autonomía).

Además de aludir a la responsabilidad política de los Consejeros, problema que preocupa mucho a los parlamentarios, termina con un tema grave: el del Centro de Estudios Judiciales y la composición de los tribunales para el ingreso en la carrera. Aquí, afirma, tiene más importancia el Ministerio que el CGPJ y eso es preocupante.

¿Por qué el cambio de rumbo?, se pregunta finalmente.

El debate de esta ponencia fue moderado por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz.

Al día siguiente, ya en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera, tuvo lugar la sesión correspondiente a la cuarta ponencia, con el título: *La planta de los Tribunales*.

Antonio Marín Rico, Magistrado de Trabajo de Cádiz, tomó la palabra. Se adhiere en gran manera al informe que la Asociación Profesional de la Magistratura (integrada por corrientes de pensamiento muy diferentes) emitió en su día sobre el comentado Anteproyecto, que, a su criterio, debería de incorporar en futura elaboración tanto las constructivas críticas del mismo como las atinadas sugerencias del informe que también dio el Consejo General del Poder Judicial.

Lo taxativo del tiempo asignado le obliga a resumir el trabajo elaborado y procede a comentar uno por uno los sucesivos órganos jurisdiccionales establecidos en el Anteproyecto en cuestión, destacando en cada uno de ellos los rasgos a su juicio más sobresalientes, las lagunas más notables y las dudas más sombrías, siempre en contraste con lo que al respecto especifican los informes citados con anterioridad. Especial análisis realiza de los Juzgados de Paz, con la característica del modo de selección de los Jueces), de los Juzgados de lo Social y de los Juzgados de Menores (con grandes lagunas en el Anteproyecto) y de los Tribunales Superiores de Justicia. En suma, una intervención crítica para el Anteproyecto, como en el posterior debate se tuvo oportunidad de observar una vez más, en contraste con la que realizó el siguiente ponente.

Pedro González Gutiérrez-Barquín, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, comienza su disertación manifestando que se calcula que el debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en su día, durará dos años aproximadamente.

Su exposición, aunque con distintas valoraciones, es paralela a la del anterior ponente. Después de aludir a la competencia concurrente de las Comunidades Autónomas y el Gobierno Central respecto a las demarcaciones judiciales, analiza sucintamente los distintos órganos del Anteproyecto. Entre otras cosas: los Juzgados de Paz adoptan un sistema bastante equilibrado en cuanto a la designación del Juez, deben crearse plantillas fijas para los Juzgados de Guardia, los

de Vigilancia Penitenciaria se fundamentan en la garantía de los derechos de los internos, los de Menores se establecen solamente para la facultad reformadora (el resto de la materia a los Juzgados de Familia) y sobre la Audiencia Nacional, que deriva de una necesidad política (ésta es su auténtica razón, dice), parece que la Constitución no impide la existencia de un órgano jurisdiccional con competencia en todo el territorio nacional. Sus últimas palabras son una invitación a la reflexión, el debate y la discusión ante una ley de tal naturaleza, que afecta a un poder del Estado.

José Almagro Nosete, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, moderó el debate de esta ponencia.

A continuación, el profesor Gutiérrez-Alviz y Armario en nombre de los organizadores cerró las Jornadas, manifestando su agradecimiento a cuantos de una u otra forma habían participado en ellas y congratulándose por el objetivo conseguido en unas sesiones de exposición y debate científicos.

Finalmente, el Profesor Peñálver Simó, Rector de la Universidad de Cádiz, expresó su satisfacción por la culminación del trabajo ce- vado a cabo, que beneficia a toda la comunidad universitaria, y declaró oficialmente clausuradas las Jornadas. Unas Jornadas que se proyecta repetir el próximo año y cuyo Secretario fue José Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura y autor de esta crónica de urgencia.

JOSÉ MARTÍN OSTOS

X CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL

Una vez más el Instituto Mexicano de Derecho Procesal ha celebrado su Congreso Nacional, el décimo, y lo ha hecho coincidiendo con el veinticinco aniversario. Diez congresos en un cuarto de siglo hablan por sí mismos de la vitalidad de un Instituto.

El X Congreso, celebrado en la ciudad de Guadalajara (Jalisco) los días 15 a 18 de octubre, se ha centrado en torno a los proyectos de Códigos de Procedimientos Civiles y Penales para el Estado de Jalisco.

El primero de los proyectos fue presentado por el Lic. Francisco Javier Hidalgo y Costilla, miembro de la comisión redactora, y sobre su trabajo versaron las ponencias de los Dres. Fix Zamudio y Armienta Calderón. Se pasó luego a las intervenciones de los congresistas. El interés del tema lo revela el hecho de que cuarenta congresistas pidieron hacer uso de la palabra, y en general para mostrarse disconformes, en mayor o menor medida, con el proyecto.

Dado que es imposible recoger aquí todas las intervenciones, nos referiremos solamente a dos de ellas. Así al final de estas líneas transcribimos íntegramente las comunicaciones de los Dres. Devis Echandía (Colombia) y Montero Aroca (España), precedidas del índice del proyecto para que aquéllas puedan ser comprendidas.

El Proyecto de Procedimientos Penales fue presentado por el Lic. Roberto Larios Valencia, miembro también de la comisión redactora, y la ponencia general corrió a cargo del Dr. Flores García. El interés de los congresistas fue algo menor y sólo veinte pidieron la palabra. En general este proyecto fue menos criticado que el anterior, aunque no faltaron disconformidades en temas básicos.

Con relación a los dos proyectos se llegó a la conclusión de que las comunicaciones escritas y las actas de las intervenciones orales pasaran a las comisiones redactoras para que, a la vista de ellas, procedieran a redactar nuevamente uno y otro proyecto.

En todo caso hay que destacar que el gobernador de un Estado, en este caso el Dr. Enrique Alvarez del Castillo, sometiera sus proyectos legislativos a la pública crítica. Así procesalistas mexicanos y no mexicanos (no puedo hablar de extranjeros) aportaron sus ideas. Este método ha de servir para contribuir a perfeccionar la obra emprendida.

**ANTEPROYECTO DE ESTRUCTURA
DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
DEL ESTADO DE JALISCO**

TÍTULO I

De las Acciones y Excepciones

- Capítulo 1.º — Las Acciones.
Capítulo 2.º — Excepciones y Defensas.

TÍTULO II

De las Partes

- Capítulo 1.º — Personas que pueden intervenir en un procedimiento judicial.
Capítulo 2.º — Asistencia Técnica a las Partes.
Capítulo 3.º — Responsabilidad de las Partes.

TÍTULO III

De la Autoridad Judicial

- Capítulo 1.º — Disposiciones Generales.
Capítulo 2.º — Competencia por la cuantía.
Capítulo 3.º — Competencia por razón de la materia.
Capítulo 4.º — Competencia por razón del territorio.
Capítulo 5.º — Substanciación y decisión de las competencias.
Capítulo 6.º — Impedimentos y Excusas.
Capítulo 7.º — Recusación.
Capítulo 8.º — Responsabilidad de los Funcionarios Judiciales.

TÍTULO IV

De los actos procesales en general

- Capítulo 1.º — Formalidades Judiciales.
Capítulo 2.º — Tiempo y lugar en que han de realizarse los actos judiciales.
Capítulo 3.º — Resoluciones Judiciales.
Capítulo 4.º — Exhortos y Despachos.
Capítulo 5.º — Notificaciones.
Capítulo 6.º — Nulidades Procesales.
Capítulo 7.º — Términos Judiciales.

TÍTULO V

Preparación del Juicio

- Capítulo 1.º — Medios preparatorios del Juicio en general.
Capítulo 2.º — Preparación del Juicio Ejecutivo.
Capítulo 3.º — Preconstitución de pruebas.
Capítulo 4.º — Consignación.
Capítulo 5.º — Separación de personas.
Capítulo 6.º — Preparación del Juicio Arbitral.

TÍTULO VI

Del Juicio en General

- Capítulo único. — De la Demanda.

TÍTULO VII

Actitudes que puede asumir el Demandado

- Capítulo 1.º — Allanamiento a la Demanda.
Capítulo 2.º — Contestación a la Demanda.
Capítulo 3.º — Reconvencción.
Capítulo 4.º — Denuncia del Juicio a Tercero.
Capítulo 5.º — Rebeldía del Demandado.

TÍTULO VIII

De las pruebas, alegatos y citación para Sentencia

- Capítulo 1.º — Reglas Generales.
Capítulo 2.º — Confesional.
Capítulo 3.º — Documental.
Capítulo 4.º — Reconocimiento e Inspección Judicial.
Capítulo 5.º — Pericial.
Capítulo 6.º — Testimonial.
Capítulo 7.º — Pruebas Técnicas.
Capítulo 8.º — Presunciones.
Capítulo 9.º — Pruebas Innominadas.
Capítulo 10 — Valoración de las Pruebas.
Capítulo 11 — Alegatos y Citación para Sentencia.
Capítulo 12 — Aclaración de Sentencia.

TÍTULO IX

De los Recursos e Impugnación de las resoluciones judiciales

- Capítulo 1.º — Disposiciones Generales.
Capítulo 2.º — Revocación.
Capítulo 3.º — Apelación y Revisión.
Capítulo 4.º — Queja.

TÍTULO X

- Capítulo Único. — Sentencia Ejecutoria y Cosa Juzgada.

TÍTULO XI

De la Ejecución de la Sentencia y demás resoluciones

- Capítulo 1.º — Disposiciones generales.
Capítulo 2.º — Embargos.
Capítulo 3.º — Remates.

TÍTULO XII

De los Procedimientos Especiales

- Capítulo 1.º — Medidas Cautelares.
Capítulo 2.º — Embargos Precautorios.
Capítulo 3.º — Arraigo de Personas.

- Capítulo 4.º — Alimentos Provisionales.
 Capítulo 5.º — División de la Cosa Común.
 Capítulo 6.º — Emancipación, Habilitación de edad y otras Autorizaciones.
 Capítulo 7.º — Modificación de Actas del Estado Civil.
 Capítulo 8.º — Apeo y Deslinde.
 Capítulo 9.º — Declaración de Ausencia y Presunción de Muerte.
 Capítulo 10 — Divorcio por Mutuo Consentimiento.
 Capítulo 11 — Procedimiento Ejecutivo.
 Capítulo 12 — Procedimiento Arbitral.
 Capítulo 13 — Sucesiones.
 Sección Primera. — Disposiciones Generales.
 Sección Segunda. — Testamentarias.
 Sección Tercera. — Intestados.
 Sección Cuarta. — Inventarios y Avalúos.
 Sección Quinta. — Administración.
 Sección Sexta. — Rendición de Cuentas.
 Sección Séptima. — Liquidación y Partición.
 Sección Octava. — Tramitación por Notarios.
 Sección Novena. — Testamento Público Cerrado.
 Sección Décima. — Declaración de ser formal el Testamento Ológrafo.
 Sección Décimoprimer. — Declaración de ser formal Testamento Privado.
 Sección Décimosegunda. — Testamento hecho en País Extranjero.
 Capítulo 14 — Concursos.
 Sección Primera. — Reglas Generales.
 Sección Segunda. — Rectificación y Liquidación de Créditos.
 Sección Tercera. — Administración de Concurso.
 Sección Cuarta. — Reglas Comunes al Deudor.
 Capítulo 15 — Tercerías.
 Capítulo 16 — Incidentes.

TÍTULO XIII

De la Jurisdicción Voluntaria

- Capítulo 1.º — Disposiciones Generales.
 Capítulo 2.º — Minoría de Edad e Interdicción.
 Capítulo 3.º — Nombramiento de Tutores y Curadores y Discernimiento del Cargo.
 Capítulo 4.º — Vigilancia y Cuentas de la Tutela.
 Capítulo 5.º — Disposiciones de bienes de menores incapacitados y ausentes y transacción sobre sus derechos.

- Capítulo 6.º — Adopción.
 Capítulo 7.º — Informaciones de Dominio.

TÍTULO XIV

- Capítulo Unico. — Procedimiento ante los Jueces de Paz.

CRITICA AL ANTEPROYECTO DE ESTRUCTURA DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO (R. MEXICO)

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA
 Presidente de los Institutos Iberoamericano y Colombiano de Derecho Procesal

I. — INTRODUCCIÓN

Ha sido siempre nuestro concepto, que el desarrollo de un Código de Procedimiento para cualquier rama de la justicia Judicial (civil, penal, laboral, contencioso administrativa, etc.) debe ser, en lo posible, el reflejo del desarrollo que el proceso judicial debe tener de acuerdo a la normatividad que lo regula y a la realidad práctica de su operancia.

De esta manera habrá armonía entre la estructura del Código y la de los procesos que regule éste, lo mismo que entre la metodología aplicada al primero y a los segundos.

Y tres son los aspectos fundamentales de todo proceso judicial y de todo Código de Procedimientos Judiciales: a) los sujetos de la relación jurídico-procesal (el Organismo Jurisdiccional del Estado que ejerce la jurisdicción en la rama a que corresponde la materia sustancial que va a ser sometida a los procedimientos que en ese código se contemplan y la distribución de competencias entre los funcionarios de aquélla, con sus limitaciones especiales y los motivos que impiden su ejercicio en los casos concretos), y por otro lado las partes o personas físicas o jurídicas que resultan vinculadas a aquella relación; b) los actos procesales básicos comunes a toda clase de procesos que en ese Código se regulen, para su nacimiento, la formación de la *litis contestatio*, su desarrollo, incluyendo instancias y recursos, y medidas cautelares, su fin natural mediante la sentencia o su terminación por causas diferentes; c) la regulación especial de los distintos tipos de procesos que se consagren.

Por consiguiente, consideramos que un buen Código de Procedimientos civiles debe también comprender esos tres aspectos, en el mismo orden, constituyendo cada uno un libro de los mismos tres en que se le divida, cuyas denominaciones serían: Libro Primero, «Sujetos del Proceso»; Libro Segundo, «Actos Procesales» y Libro Tercero, «Los diferentes Procesos».

Subdividiendo en Títulos los tres Libros, pero con numeración continua para todo el Código, y en Capítulos los respectivos títulos para una mejor claridad y comprensión.

Además conviene, por ser muchas sus ventajas, que cada Título, Capítulo y Artículo tenga la correspondiente denominación de su contenido; así el Código será más didáctico y de más fácil consulta.

También existe acuerdo desde hace muchos años, en que los Códigos de Procedimiento no deben incluir definiciones, porque éstas, lo mismo que la explicación del contenido y la naturaleza y los problemas propios que presentan, corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina.

Lo mismo ocurre con el no uso de diferentes términos o palabras, para referirse al mismo asunto o a la misma institución. Pues de lo contrario se crea confusión doctrinaria que se traduce inexorablemente en complicaciones prácticas que entorpecen la marcha de los procesos.

II. — EL PROYECTADO DESARROLLO DEL NUEVO C. DE PS. CS. PARA JALISCO

Por lo expuesto en el párrafo anterior me es forzoso concluir que existen graves fallas en el desarrollo programado según el Índice General que se me ha suministrado, para el nuevo C. de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco.

En efecto:

1.º — No se divide en Libros el Código; proponemos que se haga esta división, así: Libro Primero: «SUJETOS DEL PROCESO» o si se prefiere: «SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO PROCESAL»; Libro Segundo: «ACTOS PROCESALES»; Libro Tercero: «LOS DIFERENTES PROCESOS» o «PROCEDIMIENTOS» si se prefiere.

2.º — El Título III del proyecto debe ser el primero.

3.º — Sobre el propuesto título I, pues su contenido debe formar parte de los títulos sobre «Demanda» y «Actitudes que puede asumir el demandado», los cuales además de formar parte del Libro Segundo sobre «Actos Procesales», lo mismo que las pruebas, alegaciones, citaciones, recursos e impugnaciones, providencias de los jueces, embargos, remates, y las reglas contenidas en el proyectado Título IV.

Si se le pone a sólo una parte de esa amplia materia la denominación de «Actos Procesales», como ocurre con el proyectado Título IV, se daría a entender que los demás actos no son «Procesales» (demanda, contestación, reconvencción, excepciones, alegaciones, recursos, pruebas, etc.). Y ello es incorrecto.

Además en un C. de Pr. es mejor usar el término «pretensión», que el de «acción», para estar de acuerdo con la doctrina moderna.

Esta corrección debe hacerse en el T. I. del anteproyecto.

3.º — Volviendo al Título III del anteproyecto (que debe ser el I) proponemos la eliminación de la competencia por cuantía, para que exista verdadera igualdad de jueces para todas las causas y personas, eliminando la situación existente en casi todos los países, de que los buenos jueces se destinan a los asuntos de mayor cuantía que generalmente son los de personas ricas, y los jueces regulares a los asuntos de mínima y menor cuantía que corresponden en un enorme porcentaje a los pobres. Es una reglamentación antidemocrática de la Justicia Judicial. Todas las personas tienen derecho a ser juzgadas por buenos jueces.

Lo ideal sería establecer únicamente suficientes tribunales plurales (eliminando los jueces unipersonales), para que en salas de decisión de tres jueces o magistrados juzguen todos los asuntos en única instancia lo cual daría mejores garantías que las dos ante jueces unipersonales y las mismas que dan dos instancias cuando la segunda es atendida por jueces o magistrados plurales. Sería la perfecta democracia en la Justicia Judicial y se reduciría a la mitad la duración de los procesos con lo cual se obtendría simultáneamente otra gran ventaja.

Y para orientar la jurisprudencia estaría el recurso de amparo y ojalá también un recurso limitado de casación.

Si se complementa lo anterior con la oralidad para todos los procesos, se tendría una Justicia Judicial realmente moderna, acelerada, con intermediación efectiva de los juzgadores a los ajusticiados, con iguales jueces para todos los asuntos y todas las personas, con iguales oportunidades practicadas para el ejercicio y la tutela del derecho de defensa, verdaderamente democrática.

Pero aun conservando un procedimiento preponderantemente escrito, el sistema que proponemos tendría parcialmente la ventaja de una mayor celeridad y en su totalidad las demás ventajas acabadas de puntualizar.

5.º — El Título II del anteproyecto que se titula «de las partes», queda bien como está colocado, de segundo; pero conviene ampliar sus capítulos para comprender por separado y con claridad a las partes iniciales (demandantes y demandados) y a los intervinientes posteriores (coadyuvantes, litisconsortes facultativos y necesarios, terceristas o intervinientes ad excludendum, lo mismo que la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía y el emplazamiento inicial a terceros determinados o indeterminados.

6.º — Como ya expresamos, la denominación de «Actos procesales en general», que se le da únicamente el Título IV del anteproyecto, debe utilizarse para distinguir el contenido del libro Segundo del Código, pues también son «actos procesales» los contemplados en los Títulos V, VII, VIII, IX, X y XI, a saber: los preparatorios del proceso (es mejor usar este término que el de «juicio», de acuerdo con la doctrina moderna); la demanda; su contestación; el allanamiento; la reconvencción; la denuncia del pleito o juicio o proceso y la providencia que declare la rebeldía del demandado; los recursos; las pruebas; las alegaciones; la sentencia; los embargos y los remates.

Este conjunto de Títulos formarían, muy bien, el Libro Segundo del Código, dándole a éste un aspecto más didáctico y de una mejor programación.

Las pruebas merecen un título separado de las alegaciones y la citación para sentencias.

7.º — Se dejaría para el «Libro Tercero» del Código «los diferentes procedimientos», es decir, un Título para el «Proceso Ordinario» o como se prefiera llamarlo (que no lo encontramos en el Anteproyecto); luego sendos Títulos para los especiales que se enumeran en el Título XII del Anteproyecto; otro título para «la jurisdicción voluntaria» de que trata el Título XIII, y un último para los «procedimientos ante los Jueces de Paz» contemplados en el Título XIV y último del Anteproyecto.

8.º — Al quedar la denominación: «De los actos procesales en general», para el Libro Segundo del Código, el actual Título IV del anteproyecto podría denominarse «Actuaciones Varias». Y quedaría de Título III (suprimiendo, como explicamos, el propuesto Título I).

9.º — El proyectado Título V quedaría de IV, y convendría quitarle el capítulo de «Preconstitución de pruebas», que mejor estaría en el título sobre «Las Pruebas», y también el capítulo sobre «Preparación del juicio arbitral», que mejor quedaría en el título sobre el arbitramento.

10.º — El título VI del anteproyecto, sobre «Demanda», quedaría de V y debe subdividirse en capítulos sobre requisitos de la demanda, anexos, inadmisión, rechazo definitivo, admisión, traslado, corrección.

11.º — El Título VII proyectado quedaría de VI y debe incluir otro capítulo, luego del destinado a la contestación de la demanda, sobre excepciones (previas y de mérito).

12.º — El Título VIII del anteproyecto, que quedaría de VII, debe destinarse solamente a «las pruebas». Por tanto, deben trasladarse al propuesto título IV (que quedaría de III) las materias sobre alegaciones y citación para sentencia, o formar con ellas un Título separado, luego del de «Las Pruebas», o regularlas en el título de los diferentes procedimientos.

Además, en vez de denominar el Capítulo 8.º de este Título «Presunciones», debe decirse «Indicios», ya que aquéllas no son un medio de prueba sino una medida legal para invertir la carga de probar (las *iuris tantum*) o para eliminar toda prueba en contrario (las *iuris et de iure*), o un simple razonamiento del juez para la apreciación de cualquier prueba (las llamadas puramente judiciales).

La confusión de los indicios con las presunciones y el darle a éstas el carácter de prueba, se originó en el mal léxico del Código Civil de Napoleón y su trasplante a nuestros Códigos Civiles de Iberoamérica, pero ha sido corregido por la doctrina y la jurisprudencia modernas de ambos continentes.

También consideraremos que las normas sobre «valoración de las pruebas», que aparecen en el capítulo 10, deben estar en el primer capítulo, que trata de las «Reglas Generales», lo mismo que la norma sobre facultades para decretar pruebas de oficio y demás propias de ese Capítulo.

13.º—A la denominación del Título IX, que quedaría de VIII, «De los recursos o impugnación de las resoluciones judiciales», le sobra una de las dos palabras «impugnación...» o «recursos»; porque dejar ambas es una redundancia.

Y la Revisión debe quedar en capítulo separado y a continuación del de «Apelación».

14.º—En el Título X, que quedaría de IX, deben incluirse la aclaración de las sentencias y su complementación (ésta cuando ha dejado de resolver pretensiones o excepciones o una reconvencción o la situación a quien se denunció el pleito o se llamó en garantía).

15.º—Al Título XI del anteproyecto, que quedaría de X, sería mejor suprimirle los capítulos sobre «embargos» (porque éstos deben regularse en título especial sobre «medidas cautelares», que viene a continuación, y «remates» (porque es mejor regular éstos en un capítulo del proceso de ejecución y sólo hacer referencia a él).

16.º—El Título XII del anteproyecto, que sería el XI, debe ser el primero del libro tercero sobre «los diferentes procedimientos», subdividido en varios Títulos, así:

Título XI: Medidas Cautelares, con sus diferentes capítulos: embargos, secuestros, inscripción de la demanda, arraigo de personas, alimentos provisionales, cauciones y cualesquiera otras medidas cautelares que se contemplen en el Código;

Título XII: División de la cosa común;

Título XIII: Apeo y deslinde;

Título XIV: Procedimiento ejecutivo;

Título XV: Procedimiento arbitral (aun cuando sería mejor dejarlo de último);

Título XVI: Concursos;

Título XVII: Tercerías (aun cuando estarían mejor en el procedimiento ejecutivo, o en intervención de terceros en el título de partes);

Título XVIII: Incidentes.

17.º—Los demás Capítulos que aparecen en el T. XII del anteproyecto corresponden a la jurisdicción voluntaria, por lo que deben pasarse al título que regula ésta y que quedaría de XIX, a saber:

El capítulo 6.º sobre «habilitación de edad y otras autorizaciones»;

El capítulo 7.º sobre «modificación de actas del estado civil»;

El capítulo 9.º sobre «declaración de ausencia y presunción de muerte»;

El capítulo 10.º sobre «divorcio por mutuo consentimiento»;

El capítulo 13.º sobre «sucesiones»;

Y los asuntos del Título XIII del anteproyecto.

18.º—El Título XIV del anteproyecto quedaría de XX, o sea, el «procedimiento ante los Jueces de Paz».

19.º—Convendría agregar un título, que sería el XXI, para «sentencias y laudos extranjeros y comisiones de jueces de otro país».

20.º—Y el título final, de uno o dos artículos, para regular la derogación del Código actual y leyes complementarias y la fecha en que se inicia la vigencia del nuevo.

III.—RESUMEN DE LA ESTRUCTURA QUE PROPONEMOS PARA EL NUEVO C. DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO

Libro Primero:

SUJETOS DEL PROCESO o SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO PROCESAL.

Título I.—De la autoridad judicial.

Capítulo 1.º—Disposiciones generales.

Capítulo 2.º—Reglas de competencia.

Capítulo 3.º—Auxiliares de la justicia.

Capítulo 4.º—Ministerio Público.

Capítulo 5.º—Impedimentos y recusaciones.

Capítulo 6.º—Deberes, poderes y responsabilidades de los jueces.

Capítulo 7.º—Conflictos de competencia.

Título II.—Las partes.

Capítulo 1.º—Partes iniciales.

Capítulo 2.º—Partes intervinientes.

Capítulo 3.º—Deberes de las partes.

Capítulo 4.º—Apoderados y representantes.

Capítulo 5.º—Responsabilidad civil de las partes.

Libro Segundo:

DE LOS ACTOS PROCESALES EN GENERAL.

Título III.—Actuaciones varias.

Capítulo 1.º—Formalidades judiciales.

Capítulo 2.º—Tiempo y lugar de los actos procesales.

Capítulo 3.º—Resoluciones judiciales.

Capítulo 4.º—Exhortos y despachos.

Capítulo 5.º—Notificaciones.

Capítulo 6.º—Nulidades procesales.

Capítulo 7.º—Términos judiciales.

Capítulo 8.º—Suspensión y extinción del procedimiento.

Capítulo 9.º—Alegaciones.

Capítulo 10.º—Citación para sentencia.

Título IV.—Preparación del proceso.

Capítulo 1.º—Medidas preparatorias generales.

Capítulo 2.º—Preparación del proceso ejecutivo.

Capítulo 3.º—Consignación.

Capítulo 4.º—Separación de personas.

Título V.—Demanda.

Capítulo 1.º—Requisitos de la demanda.

Capítulo 2.º—Anexos.

Capítulo 3.º—Inadmisión temporal.

Capítulo 4.º—Rechazo definitivo.

Capítulo 5.º—Admisión y traslado.

Capítulo 6.º—Corrección de la demanda.

Título VI.—Actitudes que puede asumir el demandado.

Capítulo 1.º—Allanamiento a la demanda.

Capítulo 2.º—Contestación a la demanda.

Capítulo 3.º—Excepciones.

Capítulo 4.º—Reconvencción.

Capítulo 5.º—Denuncia del juicio a tercero.

Capítulo 6.º—Rebeldía del demandado.

Título VII.—De las pruebas.

Capítulo 1.º—Reglas generales.

Capítulo 2.º—Confesión.

- Capítulo 3.º — Documental.
 - Capítulo 4.º — Reconocimiento o inspección judicial.
 - Capítulo 5.º — Peritación.
 - Capítulo 6.º — Testimonio de terceros.
 - Capítulo 7.º — Pruebas técnicas.
 - Capítulo 8.º — Indicios.
 - Capítulo 9.º — Pruebas innominadas.
 - Título VIII. — De los recursos.
 - Capítulo 1.º — Disposiciones generales.
 - Capítulo 2.º — Revocación.
 - Capítulo 3.º — Apelación.
 - Capítulo 4.º — Revisión.
 - Capítulo 5.º — Queja.
 - Título IX. — Sentencia ejecutoria y cosa juzgada.
 - Capítulo 1.º — Ejecutoria de la sentencia.
 - Capítulo 2.º — Cosa juzgada.
 - Título X. — Ejecución de sentencia y demás resoluciones.
 - Capítulo 1.º — Disposiciones generales.
 - Capítulo 2.º — Aclaración de providencias.
 - Capítulo 3.º — Complementación de providencias.
- Libro Tercero:**
- DE LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS.**
- Título XI. — Medidas Cautelares.
 - Capítulo 1.º — Embargos.
 - Capítulo 2.º — Secuestros.
 - Capítulo 3.º — Inscripción de la demanda.
 - Capítulo 4.º — Arraigo de personas.
 - Capítulo 5.º — Alimentos provisionales.
 - Capítulo 6.º — Caucciones.
 - Capítulo 7.º — Varios.
 - Título XII. — División de la cosa común.
 - Título XIII. — Apeo y deslinde.
 - Título XIV. — Procedimiento ejecutivo.
 - Título XV. — Concursos.
 - Título XVI. — Incidentes.
 - Título XVII. — Procedimiento arbitral.
 - Título XVIII. — Procedimientos de jurisdicción voluntaria.
 - Capítulo 1.º — Disposiciones generales.
 - Capítulo 2.º — Habilitación de edad y otras autorizaciones.
 - Capítulo 3.º — Modificación de actas de estado civil.
 - Capítulo 4.º — Declaración de ausencia y presunción de muerte.
 - Capítulo 5.º — Sucesión por causa de muerte.
 - Capítulo 6.º — Divorcio por mutuo consentimiento.
 - Capítulo 7.º — Minoría de edad e interdicción.
 - Capítulo 8.º — Nombramiento de tutores y curadores y discernimiento del cargo.
 - Capítulo 9.º — Vigilancia y cuentas de la tutela.
 - Capítulo 10.º — Disposición de bienes de menores, incapacitados y ausentes y transacción sobre sus derechos.
 - Capítulo 11.º — Adopción.
 - Capítulo 12.º — Informaciones de dominio (nota: parece ser una función administrativa de los Registradores de Instrumentos).
 - Título XIX. — Procedimiento ante los jueces de Paz.

IV. — CONCLUSIÓN

Ciertamente, la estructura del desarrollo de un Código de procedimiento es importante. Pero lo fundamental se encuentra en el articulado que desarrolla el plan general o sea en el contenido de sus normas.

Puede afirmarse que son bases fundamentales de un Código de Procedimiento para cualquiera de las ramas en que suele dividirse la jurisdicción, las siguientes:

1.ª — Simplificación (el mínimo de procesos especiales, y de incidentes y de artículos; lo ideal sería el proceso verbal único en salas plurales de única instancia).

2.ª — La máxima aceleración, la cual exige: concentración de las actuaciones; limitación taxativa de las causas de nulidad procesal y de providencias apelables acumulando el trámite de las apelaciones de las interlocutorias para enviarlas en conjunto y simultáneamente cuando el proceso llegue al momento de la sentencia, o para tramitarlas al tiempo con la apelación de ésta, salvo unas pocas en el efecto diferido (no se cumple la providencia pero el *a quo* conserva competencia para seguir adelantando el proceso) o en el meramente devolutivo; dotación moderna de aparatos para el trabajo rápido; aumento de jueces en proporción a la cantidad de trabajo que reciban.

3.ª — Especialización (creando ramas especiales de jurisdicción de familia, de comercio y agraria); así habrá mejor preparación de los jueces y mayor aceleración.

4.ª — Democratización y humanización de la justicia judicial (eliminación de la competencia por cuantía o valor; dar iguales jueces en las instancias para todos los ajusticiados y todos los asuntos; tutelar en lo posible, pero sin romper la imparcialidad, a pobres y débiles, mediante poderes amplios a los jueces para decretar pruebas de oficio, valorarlas libremente conforme a las reglas de la sana crítica, evitar y sancionar la mala fe y las maniobras dilatorias y obstructivas, imponiéndoles como un deber el utilizar en la práctica esos poderes cuando sea necesario hacerlo para llegar a la sentencia justa y no simplemente legal; suministrar abogados gratuitos a quienes no puedan costearlos sin menoscabo de las necesidades básicas de la familia y personales; gratuidad total del servicio de justicia; fácil acceso a este servicio de todas las personas; cordialidad en las relaciones del juez con las partes y terceros que intervengan permanentemente o en forma transitoria, para que en vez de llegar a ellos con temor lo hagan con confianza y fe en su justicia).

Expresamos fervientes deseos para que en el ilustre Estado de Jalisco se logre hacer realidad esa Justicia ideal que acabamos de diseñar, o al menos se consiga la mayor aproximación posible a ella.

SUGERENCIAS AL ANTEPROYECTO DE ESTRUCTURA DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE JALISCO

JUAN MONTERO AROCA
Valencia (España)

1. — PRINCIPIOS POLÍTICOS

Lo que importa verdaderamente en un código es su contenido, esto es, la concreta manera de regular el proceso. Ese contenido es bueno o malo, no de manera absoluta, sino relativa, con relación al país en que debe aplicarse. La

afirmación de Klein sobre el procedimiento puede generalizarse: los principios fundamentales de un código son adecuación y practicabilidad, y son ellos los que han de decidir la introducción de cualesquiera otros principios.

Un código procesal —pero en general, cualquier código— ha de responder a una serie de condicionamientos sociales, económicos, de tradición jurídica, políticos, etc., y especialmente ha de estar en íntima conexión con la situación de la magistratura y de la abogacía que han de aplicarlo. Desde estos condicionamientos se debe realizar y criticar un código. Los autores del Anteproyecto de estructura habrán partido de ellos, pero por mi parte no puedo hacer sugerencias respecto del contenido, aparte de porque sólo se me ha enviado la estructura (el índice), porque desconozco aquellos condicionamientos.

Por otro lado hay que tener en cuenta que la redacción de un código procesal civil supone también una serie de decisiones políticas, a las que después hay que dar revestimiento técnico, pero éste siempre presupone aquéllas.

El proceso es una creación artificial del ordenamiento jurídico, pero esta afirmación no puede llevarse a sus últimas consecuencias. La actitud de la ley frente a las instituciones jurídico materiales y frente al proceso es muy distinta. La ley no crea la compraventa, por ejemplo, sino que se limita a recogerla de la sociedad y a regularla de una manera determinada, de aquella manera que el legislador considera más apropiada en cada momento histórico. Por el contrario, la ley crea el proceso, pues éste no se origina de manera espontánea; es una creación artificial.

Ahora bien, esto no supone que el legislador sea absolutamente libre a la hora de crear el proceso. Se encuentra vinculado por lo menos desde tres puntos de vista:

a) A lo largo de los siglos han ido decantándose una serie de principios o de condiciones, sin los cuales hoy no estaríamos ante un verdadero proceso. Por ejemplo, el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído tiene tal fuerza, responde a una concepción tan firmemente sentida, que el legislador no podría regular un proceso desconociendo este principio; el legislador es libre a la hora de determinar cómo se cumple el principio, pero no para desconocerlo.

b) Las constituciones de los diversos estados del mundo han ido recogiendo una serie de principios que, atendido el momento histórico concreto, se han estimado dignos de ser elevados a este rango legal, por participar de los valores políticos de la sociedad. Basta un repaso de las diversas constituciones para convencerse de ello.

c) Por último, la regulación en la ley procesal concreta no se hace únicamente desde el punto de vista técnico; la ley procesal es principalmente técnica pero precisa partir de unas decisiones políticas que ha de adoptar el legislador ordinario, y a las cuales el técnico ha de estar vinculado. Así, por ejemplo, antes de empezar a redactar un código el técnico ha de saber si en el proceso predominarán las facultades del juez o de las partes, y si el procedimiento ha de ser predominantemente oral o escrito; estas decisiones son políticas, porque no se toman de manera aislada sino dentro de un conjunto que va a determinar cómo será la justicia de un Estado.

Todas estas implicaciones políticas son discutibles para un mexicano, pero no para mí, con relación a un código de Jalisco. Por mi parte me ceñiré a consideraciones meramente técnicas sobre la estructura del Anteproyecto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

2. — DENOMINACIÓN

Comparto la opinión expresada por el Dr. Ignacio Medina, y en concreto estimo que deberá denominarse Código Procesal Civil del Estado de Jalisco.

La denominación de códigos de procedimientos corresponde a una fase en el desarrollo de esta ciencia y de esta rama del ordenamiento jurídico, que hay

que considerar superada; esa fase es la de los «procedimientos judiciales», y se sitúa, en los países de lengua española, de mediados del siglo XIX a la década de los treinta del presente siglo.

Conviene explicar brevemente la evolución de la ciencia procesal, para que se comprenda el cambio de denominación que propugnamos, remitiéndonos para una exposición más extensa a mi libro «Evolución y futuro del derecho procesal», publicado este año en Bogotá (Ed. Temis).

La primera etapa de la evolución es la de la «práctica forense», y alcanza hasta la primera mitad del siglo XIX. Aparte de otros caracteres lo fundamental es que: 1.º No se concebía como una ciencia sino como una experiencia, pues los autores del momento pretendían simplemente explicar la manera de actuar de los tribunales, y 2.º Su fuente de conocimiento no era la ley sino el estilo, el modo de proceder de los tribunales. Correspondiéndose con su denominación, los autores de «práctica forense» se limitaban a explicar la práctica judicial. En este sentido pueden verse las obras de Monterroso o Suárez de Paz en el siglo XVI, hasta las de Elizondo, Febrero o el conde la Cañada en el XVIII, y aún las de Gómez Negro y Tapia ya en el siglo XIX.

La segunda fase, la del «procedimentalismo» o de los «procedimientos judiciales», parte de un cambio en la concepción de la ley. Si antes de la Revolución Francesa la ley emanaba de la voluntad del soberano, después de ella la ley será expresión de la voluntad general, y en los códigos se pretenderá encontrar la fuente de todo el derecho, la plenitud del ordenamiento jurídico. Desde esta concepción se realizan los códigos de Napoleón y en el procedimental civil se hablará de *procédure*, entendida como conjunto de formas que los ciudadanos deben seguir para obtener justicia y que los tribunales habrán de observar para otorgarla (Garsonnet).

Esta concepción se recibe en España a mediados del siglo XIX, y bajo ella se escriben las obras de Vicente y Caravantes, de Gómez de la Serna y Montalbán, de Manresa, Miquel y Reus, de Lastres, etc. Este último define los procedimientos como las formas solemnes con que se proponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales. Bajo esta concepción se realizan en México la ley de procedimientos de 4 de mayo de 1857, el Código de Procedimientos Civiles de 9 de diciembre de 1871, su reforma de 1880, y sobre todo el Código de 15 de mayo de 1884, y a partir de ahí los sucesivos de los distintos estados. En esta fase se forma la tradición mexicana en la denominación de sus códigos.

Pero la evolución no se detuvo. Los alemanes, a lo largo del siglo XIX, se percataron de que la mera descripción de los procedimientos judiciales no era hacer ciencia, y pretendieron descubrir las reglas comunes a los distintos procedimientos, la calidad jurídica del fenómeno procesal. De la misma manera como estudiar los contratos, limitándose a describir cómo se realizan los diversos contratos, no es científico, siendo preciso elevarse a la categoría de negocio jurídico, estudiar los procedimientos tampoco lo era, siendo necesario elevarse a la categoría de proceso. Se comienza así a hacer teoría del proceso, calificándolo en primer lugar de relación jurídica pública (Bülow), y a partir de ahí toda una evolución, que no es preciso detallar, pues lo que importa es simplemente destacar que la noción de proceso se ha convertido en la medular del sistema.

A partir de aquí los libros ya no se llamarán de «procedimientos judiciales» sino de «derecho procesal», y los códigos ya no serán de «procedimientos civiles» sino «procesales civiles». En México la tradición ha hecho que se mantenga una denominación científicamente superada. Creo que la redacción de los códigos de Jalisco es momento oportuno para replantearse el tema, por lo menos para discutir las conveniencias de una u otra denominación.

3.— PLAN GENERAL DEL CÓDIGO

Una de las digamos «manías» de los modernos legisladores es la de la sistemática. Insisto en lo dicho al principio: lo que importa de un código es la manera de regular el proceso, pero ello no impide reconocer que la sistemática, en cuanto parte de la técnica, es un valor a procurar, y ello porque revela, por lo menos, claridad de ideas en el legislador y precisión técnica.

El examen del Anteproyecto de estructura revela que la sistemática no ha sido un valor tenido excesivamente en cuenta; los autores han atendido más al contenido que a la técnica. Lo primero que destaca es la falta de división en libros, y comparto otra vez la opinión del Doctor Medina Lima. Ciertamente en este sentido no se hace más que seguir el ejemplo de otros muchos códigos estatales mexicanos, además del propio del Distrito Federal, pero se trata de un mal ejemplo, felizmente abandonado en los códigos más modernos.

La base de la sistemática, en mi opinión, debe ser el reconocimiento de las tres funciones que la jurisdicción cumple a través del proceso: declaración, ejecución y cautela (o seguridad). Así se encuentra desde Wach hasta Buzaid, pasando por Carnelutti, Rosenberg y Alcalá-Zamora, entre otros autores, con o sin responsabilidad legislativa. Ello, naturalmente, sin perjuicio de un libro primero dedicado a las disposiciones generales. Resultarían así cuatro libros:

Libro I: Disposiciones generales.

Libro II: Del proceso declarativo.

Libro III: Del proceso de ejecución.

Libro IV: De los procesos cautelares.

De esta sistemática que se propone resalta la supresión de lo relativo a la jurisdicción voluntaria. La regulación de ésta (o mejor, de parte de ésta) en los códigos procesales civiles, responde sólo a motivos tradicionales, pero científicamente carece de sentido, y ello porque: 1.º La llamada jurisdicción voluntaria no supone ejercicio de la jurisdicción; hoy parece aclarado que en ella hay actividad administrativa, no jurisdiccional, y 2.º Consecuentemente no se trata de materia procesal.

Hay que tener en cuenta, además, que la Academia Mexicana de Derecho Procesal (ahora Instituto), cuando en 1950 discutía el Anteproyecto de 1948 para el Distrito Federal, acordó, a propuesta del Dr. Medina Lima, que el título relativo a la jurisdicción voluntaria se llevara al final del texto, con numeración independiente para su articulado, para que, en su caso, pudiera extraerse de aquél sin dejar hueco alguno. La supresión de la jurisdicción voluntaria por parte del Instituto respondería, pues, a sus acuerdos, y la propuesta del Dr. Medina puede hoy reproducirse para no dejar sin regulación una materia que resultaría derogada con la derogación del Código de 1938.

4.— DECISIONES POLÍTICAS Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES

Partiendo de la sistemática general antes sugerida, el Título I del Libro I debería contener los principios básicos sobre los que se asentaría el Código, es decir, tanto aquellos que comportan decisiones políticas, como lo relativo a la aplicación de las normas procesales. Esta es una de las lagunas que me ha parecido más clara en el Anteproyecto, laguna ya aludida por el Lic. Ovalle.

El contenido de este Título I debería ser doble. En primer lugar enunciar, con el carácter de preceptos directamente aplicables los principios políticos base del Código. Así en él habría de referirse al principio dispositivo, al de impulso oficial, a la determinación de los poderes del juez, a la igualdad de las partes, a la publicidad de las actuaciones procesales, etc. Aquí hay que dar entrada, con el desarrollo consiguiente, a los principios establecidos en las constituciones.

En segundo lugar hay que regular la aplicación de las leyes procesales, límites temporales y espaciales, carácter necesario de las normas (su naturaleza de orden público), criterios de interpretación y sistema para colmar las lagunas. En todo caso convendría disponer los medios con que los tribunales deben hacer frente a las actuaciones abusivas o en fraude de la propia norma. También sería conveniente pronunciarse sobre las fuentes del derecho procesal civil.

Dada la trascendencia del código procesal civil posiblemente fuera éste el lugar oportuno para regular el siempre difícil tema de las cuestiones prejudiciales.

Dicha mi opinión de la sistemática general del Código, y lo relativo a los principios fundamentales, paso ahora al examen de aspectos más concretos.

5.— TERMINOLOGÍA

Conviene empezar por un tema que no se refiere a un título o capítulo determinado, sino a todo el Anteproyecto. Me refiero a la terminología.

A) Como advierte el Dr. Medina, en el Anteproyecto no aparece clara la distinción entre *proceso*, *juicio* y *procedimiento judicial*, términos que hoy la doctrina ha distinguido por fin después de siglos de confusión. La distinción puede realizarse así:

a) Proceso y procedimiento.

La distinta manera de entender la disciplina, según se llame «procedimientos judiciales» o «derecho procesal», nos da ya una primera visión de las diferencias, pero además hay que añadir:

1.º El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable a todas las funciones del Estado.

2.º Procedimiento hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.

3.º Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el «lado externo de la actividad procesal» (Prieto-Castro), «una consideración meramente formal del proceso».

4.º Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.

b) Proceso y juicio (enjuiciamiento).

En el presente siglo los procesalistas han centrado su atención en el proceso, hasta el extremo de que se ha tendido a olvidar que en el final del mismo estaba el juicio. El estudio del proceso se ha centrado de tal manera en sí mismo, que no se ha destacado suficientemente que, a la postre, no es más que un instrumento de los órganos jurisdiccionales para juzgar.

En la tradición jurídica hispánica la palabra proceso es nueva, tanto que la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 la usaba una sola vez, y dándole el sentido de colección de pliegos de papel, en el mismo sentido en que la usaba Calderón de la Barca poniéndola en boca de Pedro Crespo.

En el derecho medieval juicio era sinónimo de sentencia, como se desprende de la Partida III, Título XXII, ley 1.ª: «Juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín», pero hoy tiene un sentido más amplio que lo hace equivaler a proceso. Así en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, y como consecuencia en nuestro lenguaje jurídico, se usa como sinónimo de proceso.

Ahora bien, con precisión terminológica no puede afirmarse que juicio denote proceso, y mucho menos procedimiento, sino que se refiere a la acción de juzgar. En cambio la palabra enjuiciamiento hace referencia a la dinámica que conduce al juicio, incluido éste, es decir, tanto al juicio como al camino que a él conduce, tanto a la sentencia como al proceso.

B) La mayor parte de los códigos mexicanos se inician aludiendo a las acciones y excepciones; el Anteproyecto añade ahora la palabra defensas. También aquí la tradición ha servido para perpetuar un error terminológico.

La concepción pluralista de la acción y su infinidad de clases, con nombres propios, provenientes del derecho romano, o más bien de los glosadores, está hoy completamente superada. Como el Dr. Medina advierte, hasta en el nuevo código francés se ha abandonado esa concepción. Por otra parte la alusión del Lic. Molina al error cometido en el Código de Tlaxcala de 1980 me parece muy acertada; no se puede definir la acción como «el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la ley», y luego clasificar las acciones en reales, personales y del estado civil; tal error no debe cometerse en el Código de Jalisco.

La concepción unitaria, pública y bilateral del derecho de acción es hoy la comúnmente aceptada, tanto que ha sido consagrada constitucionalmente, con este nombre o con el de derecho a la jurisdicción. No cabe hablar, pues, de acciones, sino de acción; sí puede hablarse de pretensiones. Lo conveniente sería dedicar en el Código un Título al objeto del proceso.

Otro problema es el de las excepciones y defensas. La tradición jurídica hispánica y las leyes de enjuiciamiento civil españolas han complicado enormemente la cuestión de lo que sean excepciones dilatorias y perentorias; el término defensas no es tradicional. No sabemos si los autores del Anteproyecto de estructura que comentamos han recogido la distinción entre excepciones y defensas del derecho francés; en éste las excepciones se refieren al procedimiento, a las faltas de forma del mismo, mientras que las defensas atienden a la existencia del derecho subjetivo planteado en la demanda. Aun en el caso de que fuera así, no es el Título I el adecuado para regular estas materias, sino el relativo a las actitudes del demandado.

C) En el Título VIII, al enumerar los medios de prueba, se usan, como dice el Lic. Ovalle, adjetivos que omiten el sustantivo, por lo que convendría denominarlos con sustantivos (confesión, testigos, etc.).

En el mismo Título no parece conveniente hablar de «reconocimiento e inspección judicial», sino de «reconocimiento o inspección judicial», pues no se trata de dos medios distintos de prueba, sino de uno sólo (aparte la discusión de si es o no verdadero medio de prueba). Adviértase que el Código para el Distrito Federal emplea la conjunción disyuntiva «o».

D) Apeo y deslinde son una misma cosa, por lo que debe hablarse de apeo o deslinde, o simplemente de deslinde. En el derecho español, la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hace referencia al «deslinde y amojonamiento» y a los «apeos y prorrateos de foros», que sí son actuaciones diferentes, pero no tiene sentido emplear las palabras apeo-deslinde unidas por la conjunción copulativa «y».

La incorrección gramatical y terminológica se advierte en el Código del Distrito Federal. En éste la rúbrica del capítulo VI del Título XV es «Apeos y deslindes», pero luego el artículo 932 dice: «El apeo o deslinde tiene lugar...», y en los artículos siguientes se usan como sinónimas estas dos palabras.

Y basta de problemas terminológicos, que un código no es un diccionario.

6.— JURISDICCION Y ACCION

El regular en un código primero la acción y después lo relativo a la jurisdicción y competencia no es baladí; y tampoco lo es, naturalmente, el orden

contrario. En el primer caso estamos ante una concepción privatista del proceso, en el segundo publicista. Destacaba la Relación de Guardasellos Grandi (núm. 19) en la presentación del *Codice di procedura civile* italiano, el cambio sistemático operado con relación al *Codice* de 1865, que trataba en primer lugar de la acción: «Es índice de un cambio de mentalidad; el Código derogado se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo se los plantea desde el punto de vista del juez que debe administrarla; mientras el viejo Código consideraba la acción como un prius de la jurisdicción, el nuevo Código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder del juez». A recordar simplemente que esta Relación se debió, en buena parte, a la pluma de Calamandrei.

Si se mantiene el Título «De las acciones y excepciones», lo que no parece oportuno, convendría que pasara a segundo lugar, convirtiéndose en el primer título el «De la autoridad judicial»; en este cambio de orden el tercer título sería el «De las partes».

Con relación a estos tres títulos, en mi opinión, aparte de lo anterior, sería conveniente:

1.º) Sustituir la expresión «personas que pueden intervenir en un procedimiento judicial», por «personas que pueden intervenir en el proceso».

2.º) Dividir el capítulo 1.º del Título II en dos: uno relativo a las partes en sentido estricto, y el otro a los terceros.

3.º) En el capítulo 3.º del mismo Título II añadir: «Responsabilidad de las partes y de sus representantes y defensores».

4.º) En el capítulo 8.º del Título III sería conveniente decir: «Deberes, poderes y responsabilidad de los jueces y tribunales».

5.º) En el mismo Título III añadir dos capítulos más: uno relativo a los auxiliares de los tribunales y otro al Ministerio Fiscal, precisando la actividad de éste en el proceso civil.

7.— ACTOS PROCESALES

Destaca, en primer lugar, lo que parece una repetición, pues en el capítulo 2.º —y estamos ya en el Título IV— se habla de «tiempo y lugar...», y en el 7.º de «términos judiciales», con lo que —repite— parece que el tiempo en el proceso será regulado en dos capítulos distintos.

Acuerdo indudable es el deseo de regular las nulidades procesales, en el capítulo 6.º, pero convendría distinguir entre nulidad e irregularidad de los actos procesales y establecer claramente las consecuencias de una y otra. Especialmente la irregularidad debe estar relacionada con la responsabilidad de las partes y de sus representantes y defensores (capítulo 3.º del Título II) y con la responsabilidad de los funcionarios judiciales (capítulo 8.º del Título III).

También en este Título IV habría que precisar la terminología por lo menos en tres sentidos:

1.º) En el capítulo 2.º la referencia debería hacerse a los actos procesales, no a los actos judiciales. Cuando se dice actos judiciales debe entenderse actos del juez o tribunal, mientras que actos procesales es más general y comprende tanto los actos del juez como los actos de las partes.

2.º) Desde hace décadas una parte de la doctrina española insiste en distinguir término y plazo. Para ella término sería un momento en el tiempo, y plazo un lapso de tiempo. Esta distinción parece correcta y llevaría a sustituir en el capítulo 7.º la palabra términos por la de plazos. En este sentido pueden verse las obras de Prieto-Castro, Alcalá-Zamora, Guasp o Fairén.

3.º) Como en el caso del núm. 1.º, también en el capítulo 1.º, debería hablarse de plazos procesales, no de plazos judiciales. Hay que añadir que los verdaderos plazos se refieren a las actuaciones de las partes, no del juez, y así

el vencimiento del plazo supone la pérdida del derecho de la parte para realizar el acto (preclusión), mientras que esto no sucede con los plazos establecidos para el juez.

8.— PREPARACIÓN DEL PROCESO

En el Título V conviene aludir, de entrada, a una incorrección terminológica; no se prepara el juicio, sino el proceso. Pero lo que importa, en mi opinión, es descargar este título de contenido. En él se han acumulado materias que no deberían haberse mezclado.

Estimo que el Título debería quedar reducido a la preparación del proceso ordinario declarativo, lo que supondría, sin más, la exclusión de los capítulos 2.º («preparación del juicio ejecutivo») y 6.º («preparación del juicio arbitral»). En este orden de cosas, si se regulara, como proponemos, un proceso especial sobre el estado y la condición civil de las personas (aparte del divorcio por mutuo consentimiento), a él habría que llevar el capítulo 5.º («separación de personas»).

Por otro lado me parece un acierto la distinción realizada entre el capítulo 1.º («medios preparatorios del juicio en general») y el 3.º («preconstitución de pruebas»). En el artículo 193 del Código del Distrito Federal se mezclaron cosas distintas que ahora felizmente se separan.

9.— SOBRE EL TÍTULO VI

Dado el contenido del Título VI su epígrafe no puede ser el propuesto, «Del juicio en general», cuando luego su único capítulo va a regular sólo la demanda. Aparece aquí de manera clara la necesidad de dividir el Código en libros.

10.— PRUEBAS

Aparte de las precisiones terminológicas que antes hice (núm. 5, C) sobre la manera de designar los medios de prueba, el Título VIII sugiere estas matizaciones:

1.ª) Las presunciones no son medios de prueba; en todo caso son un método de prueba. No lo son desde luego las presunciones *iuris et de iure* que, en el caso de que existan (en el derecho español no existe ninguna) son una simple norma jurídica; pero tampoco las *iuris tantum* que suponen una inversión de la carga de la prueba.

Cuando se habla de las presunciones como prueba se hace referencia a las presunciones *hominis* o *facti*, es decir, aquellas que consisten en una operación lógica de la mente humana por la que, partiendo de un hecho probado (indicio), por deducción se da por probado otro hecho (presumido). Naturalmente en esta operación lógica no hay actividad procesal; no se propone al juez, como medio de prueba, que deduzca, que piense.

2.ª) La denominación de «pruebas técnicas» del capítulo 7.º podría llevar a confusión, pues la prueba pericial, del capítulo 5.º, se basa normalmente en el conocimiento de una técnica.

3.ª) Creo que es necesario tener clara la distinción entre fuentes y medios de prueba, distinción debida doctrinalmente a Sentís Melendo. Con el término fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios aluden a conceptos jurídicos y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad y los medios consisten en las actividades que es preciso realizar para incorporar las fuentes del proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio lo adjetivo y formal.

El Código debería enumerar los medios y regular la actividad propia de cada uno, y ello con carácter taxativo; con relación a las fuentes lo mejor es abrir una cláusula general que las permita todas. Desaparecen así los problemas de las denominadas pruebas innominadas. Cuando un nuevo invento plantea problemas de admisibilidad es porque se confunde fuente con medios; éstos son los establecidos en la ley, y nada más, las fuentes son todas las que el ingenio del hombre puede inventar.

11.— MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

En el Título IX sería conveniente cambiar el epígrafe propuesto («de los recursos e impugnación de las resoluciones judiciales»), por el de «Medios de impugnación de las resoluciones judiciales». En el propuesto hay repetición innecesaria pues los recursos son una clase de medios de impugnación.

La palabra revocación puede ser sustituida por reconsideración, como propone el Lic. Ovalle, pero también por reposición, que es la tradicional española.

Es un acierto no considerar la responsabilidad de jueces y magistrados como un recurso. Aquí la tradición española era también errónea.

12.— SENTENCIA EJECUTORIA

El Título X carece de epígrafe; convendría darle alguno, aunque sólo fuera para mantener la simetría.

La expresión «sentencia ejecutoria», de amplio uso en los códigos mexicanos, es probable que se base en una mala comprensión de la tradición española. En ésta, ejecutoria es el documento público y solemne en el que se consigna una sentencia firme (art. 369 de la LEC), mientras que a la sentencia con fuerza de cosa juzgada se le denomina sentencia firme.

En todo caso convendría no confundir ejecutoriedad con cosa juzgada, pues hay ejemplos de sentencias con fuerza de cosa juzgada que no son ejecutables y, al revés, sentencia ejecutable aunque no haya alcanzado esa fuerza.

13.— EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Es éste uno de los aspectos clave de la eficacia del proceso. Generalmente los códigos de los distintos países han prestado mucha atención al proceso declarativo y han olvidado el de ejecución, sin tener en cuenta que, en la inmensa mayoría de los casos, es en la ejecución donde se frustra o se realiza el derecho de las partes. Aunque no conozco la situación concreta del Estado de Jalisco en esta materia, si no es esencialmente distinta al resto de los países social y económicamente semejantes, es a la ejecución a la que hay que prestar una mayor atención a la hora de hacer un código procesal civil.

El Título XI («De la ejecución de la sentencia y demás resoluciones») es extremadamente parco; la ejecución necesita de un libro completo. En aquél no encuentro referencia a muchas materias que precisan ser reguladas, y minuciosamente, en concreto se me ocurren ahora las siguientes:

1.ª) Diligencias preparatorias: Su supuesto fundamental es de la liquidación de las sentencias que condenan a cantidad ilíquida (daños y perjuicios, frutos, rentas, etc.), pero también cuando por dinero se novan las sentencias que condenaban a hacer, no hacer o dar cosa específica.

2.ª) Títulos ejecutorios: Es conveniente enumerar los títulos que dan lugar a la ejecución, pues no se trata siempre de sentencias, y aún tratándose de éstas no se ejecutan siempre las sentencias que han producido cosa juzgada; piénsese en las transacciones o en la ejecución provisional de sentencias no firmes.

3.ª) Iniciación de la ejecución: Partiendo de que el proceso de ejecución se inicia siempre a instancia de parte, nunca de oficio, no es lo mismo ejecutar una sentencia, u otro título judicial, que un título no judicial.

4.ª) Entrando ya en la ejecución propiamente dicha habrá que distinguir entre ejecución personal y patrimonial. Ello supone que la ejecución no siempre es patrimonial, debiendo admitirse la posibilidad de ejecuciones personales, siendo su caso más destacado el de los lanzamientos en los juicios de desahucio.

5.ª) Convendría introducir toda una serie de medidas ejecutivas personales, como son las intimaciones judiciales, las astringencias y las costringencias; estas últimas manejadas con exquisito cuidado dadas las implicaciones sobre la libertad personal que pudieran tener.

6.ª) Hay que regular las ejecuciones de hacer, no hacer y dar cosa específica. Es necesario impedir, en lo que se pueda, la situación actual en la que el ejecutado puede, por su sola voluntad, transformar la ejecución ordenada en la sentencia por una obligación en dinero.

7.ª) El embargo viene regulado siempre igual desde hace siglos, y debe haber llegado ya la hora de replantearse algunos temas. Por ejemplo, en la localización de bienes del deudor, el juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional del Estado, debe poner al servicio del acreedor todos los medios de investigación con que cuenta el Estado, para que aquél no quede prácticamente indefenso; sería conveniente pensar en la introducción de «algo» semejante al juramento de manifestación alemán, obligando al deudor a presentar al juez una lista completa de sus bienes, teniendo en cuenta que la negativa a presentarla, o la falsedad en la misma, sería constitutivo de delito, etc.

8.ª) En el capítulo 3.º el epígrafe «Remates» debería ser sustituido por el de «Realización forzosa de los bienes embargados», y ello por las razones dichas por el Lic. Ovalle, distinguiendo a continuación tres secciones: 1. De las ventas judiciales: la subasta en México se refiere sólo a los bienes inmuebles, pero en todo caso, se trate de bienes muebles o inmuebles, estamos ante una realización judicial del bien; es preciso hacer un esfuerzo para evitar en las subastas y ventas directas la producción de corruptelas, pues en ello está en juego la dignidad de la Justicia; 2. De la administración forzosa; 3. De la liquidación forzosa.

9.ª) No se dice nada de la oposición del ejecutado a la ejecución; éste es un defecto típicamente de la legislación española, trasladado a los países iberoamericanos. Se está en ocasión de corregirlo. Hay que distinguir dos supuestos de oposición: 1. Oposición a la propia existencia de la ejecución, y 2. Oposición a los actos ejecutivos concretos.

10.ª) La ejecución provisional es una necesidad perentoria de los nuevos tiempos. Hasta ahora los códigos hacían referencias muy limitadas a ella (principalmente la de la apelación en un solo efecto), pero es necesario regularla sistemáticamente, estableciendo, como principio general, su posibilidad, y luego disponer las excepciones al principio.

11.ª) Me ha extrañado la falta de referencia a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales de otros estados mexicanos y del extranjero, pero a lo mejor la extrañeza se debe a mi ignorancia.

Insisto en la idea inicial. En el proceso de ejecución está hoy la quiebra de la justicia civil en el mundo occidental. Todo cuanto se haga para regularla mejor será poco, y ello porque la regulación legal no es suficiente; se precisa, además, un cambio en las estructuras judiciales.

14. — PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

El Título XII (De los procedimientos especiales) es, en el sentido clásico del término, un batiburrillo, una mezcla sin conexión de cosas diversas. En él se encuentran procesos cautelares, procesos declarativos especiales, procedimientos de jurisdicción voluntaria y otras muchas cosas de no fácil encuadre;

es un cajón de sastre. Estimo que convendría dejarlo reducido a los procedimientos declarativos especiales (y similares) y colocarlo sistemáticamente en último lugar del Libro II: Del proceso declarativo.

Así habría que sacar de él, por lo menos, llevándolos a sus lugares correspondientes:

1.º Los capítulos 1.º («Medidas cautelares») y 2.º («Embargos precautorios») que contienen procesos cautelares, llevándolos a constituir un libro propio.

2.º Los capítulos 6.º («Emancipación, habilitación de edad y otras autorizaciones»), 8.º («Apeo y deslinde») y 9.º «Declaración de ausencia y presunción de muerte») que regulan supuestos, me parecen claros, de jurisdicción voluntaria. Otros casos no son tan claros, o por lo menos yo dudo de su naturaleza en el derecho mexicano; así los capítulos 3.º («Arraigo de personas») y 10.º («Divorcio por mutuo consentimiento»).

3.º El capítulo 13.º («Sucesiones») debería dar lugar a un título propio, colocado en el libro de los procesos declarativos.

4.º El capítulo 14.º («Concursos») habría de ir a continuación de la ejecución singular, constituyendo título propio.

5.º El capítulo 12.º («Procedimiento arbitral») no regula un proceso especial, sino un equivalente procesal o, si quiere, una figura afín al proceso, merecedor también de título propio, colocado al final de los procesos declarativos.

Por otro lado se echa en falta en este Título XII, principalmente, un proceso especial relativo a la condición y estado civil de las personas. La importancia de este proceso radica, no en que deba tener un procedimiento especial, sino en los principios que lo informan, que son distintos del proceso dispositivo. Sólo por ello es merecedor de regulación propia.

Me ha sorprendido no encontrar referencia a ejecuciones especiales. Si las hubiera en leyes extravagantes convendría traerlas al Código y regularlas en el libro del proceso de ejecución.

15. PROCESOS CAUTELARES

En el Anteproyecto de estructura tienen naturaleza cautelar solamente los capítulos 1.º («Medidas cautelares») y 2.º («Embargos precautorios») del Título XII. Creo que de esta estructura saldrá una regulación muy limitada y mal colocada sistemáticamente.

Se está abriendo paso, cada vez con más fuerza, la consideración de que el proceso cautelar es un *tertium genus* entre los procesos declarativo y ejecutivo. No es éste el momento de desarrollar los fundamentos y caracteres de este proceso; nos limitaremos a indicar que aquéllos son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, y éstos la instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, variabilidad y homogeneidad, pero no identidad, con las medidas ejecutivas, aparte de la rapidez en el procedimiento. Todo ello justifica la existencia de un último libro en el Código dedicado a este proceso.

Frente a la parquedad del Anteproyecto, el futuro Código debería regular por lo menos:

1.º Las cauciones: Habrá que distinguir aquí las cauciones en concreto, que deberán regularse en los lugares correspondientes del Código (así, caución para tomar parte en subastas judiciales, caución para evitar el embargo preventivo, etc.) y las disposiciones generales de las mismas, que aquí serían reguladas (clases de cauciones, cómo se prestan, cómo se levantan, etc.).

2.º El embargo preventivo o precautorio: Destinado básicamente al aseguramiento de la ejecución de sentencias por obligaciones en dinero, es de naturaleza similar al embargo ejecutivo, pero precisa de reglas propias. Es sin duda la medida que precisa de una más detallada regulación, dada la frecuencia con que se utiliza.

3.º) Las anotaciones preventivas: Su relación con la legislación del registro de la propiedad es evidente. Se trata básicamente de las anotaciones de embargo y de demanda, pero no son las únicas, ni se refiere sólo al registro de la propiedad.

4.º) El secuestro conservativo: Debe reducirse en principio a los supuestos de demandas relativas a cosas muebles y semovientes. Sobre cosas inmuebles es posible pero, normalmente, su pérdida o deterioro debe preverse por otros medios.

5.º) La intervención judicial de bienes litigiosos: Con esta medida se trata de evitar la disminución o pérdida de la productividad de los bienes, cuando se demanda en juicio su productividad. Ello determina ya su alcance reducido a los bienes productivos, y a su contenido.

6.º) La administración judicial: Medida de mayores consecuencias que la anterior, pero con sus mismos fines. Si en aquélla se nombra un interventor judicial que vigila la administración que sigue llevando el demandado, en ésta se priva al demandado de la administración del bien, nombrando un administrador judicial.

7.º) Las intimaciones: Se dirigen a asegurar el cumplimiento de obligaciones de no hacer. Su incumplimiento debe llevar aparejadas consecuencias penales.

8.º) Las reseñas e inventarios: En ocasiones puede no ser necesario llegar a medidas más graves, bastando éstas u otras similares como el precintado.

9.º) La potestad cautelar genérica: Dado que, a pesar de todo lo anterior, siempre existen huecos en la regulación de las medidas cautelares, puede ser conveniente abrir una cláusula general autorizando al juez para que, a petición de parte, adopte cualquier medida que estime necesaria para el aseguramiento de la ejecución de la sentencia.

Creo que antes de acabar con este epígrafe conviene despejar un error. Si las medidas no están orientadas a garantizar una futura ejecución, no deben ser consideradas medidas cautelares. En ocasiones se confunden con las cautelares aquellas medidas que tienden a conservar o proporcionar a las partes una posición procesal determinada, como sería la preconstitución de las pruebas o la ejecución provisional. Creo que se trata de dos cosas distintas; en sentido estricto medidas cautelares son sólo aquellas dirigidas a asegurar el resultado final del proceso principal, la satisfacción de la pretensión; todo lo demás no es cautelar.

En este orden de cosas creo que no son cautelares las medidas tendentes a garantizar la seguridad de las personas. En concreto, lo que en el capítulo 5.º del Título V del Anteproyecto se denomina «Separación de personas», aun en el caso de que a la mera separación se una la adopción de medidas patrimoniales, como alimentos, litis expensas, o bien familiares, como guarda de los hijos, o más en general las medidas sobre el patrimonio del ausente, no son cautelares porque no tienden a garantizar la ejecución de la sentencia futura.

16. — JUECES DE PAZ

Estamos otra vez ante un Título, el XIV, que carece de epígrafe. No entiendo por qué en varios estados mexicanos, y también en el Distrito Federal, la justicia de paz o municipal o rural o menor, es regulada al final de los códigos, en títulos especiales, con artículos de numeración independiente. Por ello y por no saber el contenido que se le quiere dar en el Código de Jalisco, no puedo expresar una opinión.

INDICE 1984

EDITORIALES

— I, 5; II, 261; III, 517; y IV, 773.

ARTICULOS

- *Gómez Colomer, Juan-Luis*, La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania, II, 263.
- *Habscheid, Walther J.*, Alemania y Suiza como sede de un arbitraje internacional, I, 39.
- *Montero Aroca, Juan*, La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial, I, 63.
- *Montero Aroca, Juan*, Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional, II, 311.
- *Ortells Ramos, Manuel*, El proceso penal de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, IV, 775.
- *Pérez Gordo, Alfonso*, Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en los textos legales y jurisprudenciales, I, 7.
- *Ramos Méndez, Francisco*, Ejecución en España de sentencias extranjeras de divorcio, III, 519.
- *Ramos Méndez, Francisco*, Arbitraje internacional y medidas cautelares, IV, 843.
- *Serra Domínguez, Manuel*, La reforma de la nulidad de actuaciones analizada a través de tres recientes resoluciones judiciales, IV, 825.

NOTAS

- *Anzizu Furest, Antonio M. de*, La oficina judicial: Organización y racionalización del trabajo administrativo, I, 121.
- *Arroyo, Ignacio*, Juicio ejecutivo fundado en letra de cambio protestada por agente de cambio y bolsa, IV, 861.
- *Barona Vilar, Silvia*, La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal, IV, 907.

- *Cachón Cadenas, Manuel*, Sustitución del embargo y alteración del orden legal de prelación de los bienes a embargar, I, 105.
- *Cachón Cadenas, Manuel*, Embargo, tercerías y opción de compra, III, 349.
- *Cachón Cadenas, Manuel*, Embargo de bienes inmuebles no inscritos a favor del ejecutado en el Registro de la Propiedad, IV, 873.
- *Cima García, Carlos*, Algunas consideraciones en torno a la aligeración de la subasta, II, 365.
- *Cortés Domínguez, Valentín*, El juicio ejecutivo por título extranjero y la aplicación del Derecho extranjero, III, 563.
- *Lorca Navarrete, Antonio M.ª*, El nuevo proceso civil de rectificación, III, 569.
- *Lorca Navarrete, Antonio M.ª*, Es inconstitucional por producir indefensión (art. 24.1 C.) e ir contra la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 C.) la exigencia al responsable civil en el proceso penal de responsabilidad subsidiaria «in re ipsa», IV, 887.
- *Montero Aroca, Juan*, Memoria sobre el estado y actividades de la Justicia en 1983, I, 145.
- *Montero Aroca, Juan*, Intervención adhesiva simple en el proceso civil, III, 581.
- *Ramos Méndez, Francisco*, Ejecución de letras de cambio extranjeras, I, 151.
- *Ramos Méndez, Francisco*, Arbitraje internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial, II, 375.
- *Vega Ruíz, José Augusto de*, La presunción de inocencia hoy, I, 95.

JURISPRUDENCIA

En el Núm. I de esta Revista correspondiente a 1985, aparecerá un Índice completo de toda la Jurisprudencia publicada en «Justicia», desde el Núm. Especial hasta el Núm. IV de 1984. No se recoge aquí, por tanto, la correspondiente a 1984, con el fin de evitar innecesarias reiteraciones.

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSTITUCION

(Por *María-José Mascarell Navarro*)

ARTICULO 24.1

- Alcance de la tutela de jueces y tribunales.
 - S 15 marzo 1982 (RA 2121), III, 627.
 - S 30 marzo 1982 (RA 2167), III, 628
 - S. 21 junio 1982 (RA 4823), III, 628.
 - S. 22 junio 1982 (RA 4827), III, 629.

- S. 17 julio 1982 (RA 4428), III, 630.
 - S. 21 julio 1982 (RA 4442), III, 631.
 - S. 21 septiembre 1982 (RA 4882), III, 632.
 - S. 1 octubre 1982 (RA 5835), III, 633.
 - A. 27 octubre 1982 (RA 5576), III, 633.
 - S. 10 noviembre 1982 (RA 7096), III, 634.
 - S. 13 noviembre 1982 (RA 6698), III, 635.
 - S. 16 diciembre 1983 (RA 8001), III, 636.
- Derecho a no sufrir indefensión.
 - S. 31 mayo 1982 (RA 8146), III, 637.
 - S. 14 julio 1982 (RA 4380), III, 638.
 - S. 13 octubre 1982 (RA 6365), III, 640.
 - S. 14 octubre 1982 (RA 6370), III, 640.

ARTICULO 24.2

- Acceso a la justicia.
 - S. 31 marzo 1982 (RA 1688), III, 641.
- Plenitud de garantía jurisdiccional.
 - S. 14 enero 1982 (RA 157), III, 642.
 - S. 18 enero 1982 (RA 702), III, 643.
 - S. 22 enero 1982 (RA 202), III, 644.
- Utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.
 - S. 22 mayo 1982 (RA 2702), III, 644.
 - S. 9 junio 1982 (RA 3515), III, 645.
- Presunción de inocencia.
 - S. 27 enero 1982 (RA 151), III, 645.
 - A. 13 abril 1982 (RA 4645), III, 646.
 - S. 29 abril 1982 (RA 2279), III, 647.
 - A. 31 mayo 1982 (RA 4646), III, 648.
 - S. 1 junio 1982 (RA 3451), III, 649.
 - S. 27 septiembre 1982 (RA 4969), III, 649
 - S. 20 octubre 1982 (RA 5657), III, 650.
 - S. 2 noviembre 1982 (RA 6922), III, 651.
 - S. 3 noviembre 1982 (RA 6926), III, 651.
 - S. 16 noviembre 1982 (RA 7143), III, 653.
 - S. 26 noviembre 1982 (RA 7205), III, 654.
 - S. 27 diciembre 1982 (RA 7869), III, 655

ARTICULO 26

- Prohibición de los tribunales de honor.
 - S. 13 mayo 1982 (RA 2773), III, 656.
 - S. 17 mayo 1982 (RA 2945), III, 657.

ARTICULO 53.2

- Tutela de las libertades y derechos fundamentales.
 - S. 15 enero 1982 (RA 5), III, 657.
- Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.
 - S. 3 febrero 1982 (RA 494), III, 659.
 - S. 8 julio 1982 (RA 5382), III, 660.
 - S. 14 julio 1982 (RA 5411), III, 660.
 - S. 3 noviembre 1982 (RA 6548), III, 661.
 - S. 4 noviembre 1982 (RA 6965), III, 662.
 - S. 3 diciembre 1982 (RA 7512), III, 663.
 - S. 9 diciembre 1982 (RA 7542), III, 664.

ARTICULO 53.3

- Alegación ante la jurisdicción ordinaria de los principios reconocidos en el capítulo tercero.

S. 8 abril 1982 (RA 1941), III, 665.

ARTICULO 105.c

- Audiencia al interesado en el procedimiento administrativo.

S. 23 septiembre 182 (RA 5493), III, 666.

ARTICULO 117.1

- La justicia emana del pueblo.

S. 2 marzo 1982 (RA 1657), III, 667.

ARTICULO 117.3

- Competencia de los órganos judiciales.

S. 25 mayo 1982 (RA 2808), III, 668.

ARTICULO 117.5

- Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense.

A. 4 julio 1982 (RA 4661), III, 668.

A. 28 octubre 1982 (RA 5707), III, 669.

A. 29 noviembre 1982 (RA 7224), III, 669.

A. 2 diciembre 1982 (RA 7368), III, 670.

LEGISLACION

(Por Manuel Lozano-Higuero Pinto)

- Ley orgánica 10/1983, de 16 de agosto (BOE del 18), por la que se modifica la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico del control de cambios ... I, 203.
- Ley orgánica 12/1983, de 16 de noviembre (BOE del 26), de modificación de competencias de la Audiencia Nacional ... I, 204.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre (BOE del 26), de reforma del Código Civil en materia de tutela ... I, 205.
- Ley de Reforma Universitaria, orgánica 11/1983, de 25 de agosto (BOE del 1 de septiembre) ... I, 206.
- Acuerdo de 26 de octubre de 1983 (BOE del 18 de noviembre) del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre Juez de Vigilancia ... I, 206.
- Real Decreto 385/1984, de 8 de febrero (BOE del 28), sobre plantillas de la Carrera Fiscal ... I, 206.
- Real Decreto 305/1983, de 21 de diciembre (BOE del 23 de febrero de 1984), de reforma del Reglamento Hipotecario ... I, 207.
- Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre (BOE del 28), por la que se desarrolla el art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ... I, 208.
- Ley 1/1984, de 9 de enero, de adición de un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre (BOE del 12), sobre Amnistía ... I, 210.
- Ley orgánica 4/1984, de 30 de abril, de adición de una nueva disposición transitoria a la Ley orgánica 5/1981, de 16 de noviembre, de integración de la Carrera Judicial y del Secretariado de la Administración de Justicia (BOE del 5 de mayo) ... III, 673.
- Acuerdo de 22 de febrero de 1984, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se regula la provisión de determinados destinos y tiempo de permanencia en los mismos de los Magistrados, Jueces y Secretarios (BOE del 2 de marzo) ... III, 673.

- Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción (BOE del 3 de abril) ... III, 674.
- Ley 4/1984, de 9 de marzo, por la que se modifica el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE del 13) ... III, 675.
- Ley orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras (BOE del 26) ... III, 676.
- Ley Orgánica /1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (BOE del 27) ... III, 676.
- Ley orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular (BOE del 27) ... III, 679.
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE del 27) ... III, 680.
- Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar (BOE del 12) ... III, 682.
- Ley orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «habeas corpus» (BOE del 26) ... III, 682.

AUDIENCIA PUBLICA

- II Parte de la recusación de Magistrados por amistad con uno de los letrados, I, 211.
- Carta a un empresario sobre cómo montar una suspensión de pagos, por *Francisco Ramos Méndez*, III, 477.
- Cómo iniciar y conducir un procedimiento arbitral internacional: Análisis de un caso práctico, por *Francisco Ramos Méndez*, III, 693.
- ¿Excepciones dilatorias en la admisión de querellas?, por *Francisco Ramos Méndez*, IV, 969.

BIBLIOGRAFIA

- Recensiones, I, 219; II, 481; III, 721; y IV, 973.
- Revista de Revistas (1982-II), por *José Martín Ostos*, III, 729.

INFORMACION

- Necrología de Alfonso Pérez Gordo, I, 239.
- La Ley alemana de 13 de agosto de 1980 sobre ayuda para costas procesales, por *Juan-Luis Gómez Colomer*, I, 241.
- V Congreso colombiano de Derecho Procesal, I, 253.
- Legislación orgánica y procesal del Brasil, por *José C. Barbosa Moreira*, II, 493.
- El penúltimo cambio en materia de prisión provisional, II, 505.
- Puesta al día de la legislación y bibliografía referente a la misma de la República Oriental del Uruguay, por *Bernardette Minvielle*, III, 753.

- Congresos, III, 767.
- Seminario de Derecho Concursal en Barcelona, IV, 985.
- Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial en Sevilla, IV, 989.
- X Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Crítica y Sugerencias al Anteproyecto de Estructura del Código de procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, por *Hernando Devis Echandía* y *Juan Montero Aroca*, IV, 997.