

JUSTICIA

86

1986, número IV

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

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



INDICE

	<u>Pág.</u>
Editorial	843
ARTICULOS	
<i>Manuel Lozano-Higuero Pinto</i> , Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales	845
<i>M.ª Carmen Calvo Sánchez</i> , El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Con el estudio de la reforma llevada a cabo por Ley 19/1986 de 14 de mayo	863
<i>Antonio M.ª Lorca Navarrete</i> , El proceso civil alemán de la experiencia del modelo de Suttgart y de la novela de simplificación (Vereinfachungsnövelle) de la Z.P.O.	915
NOTAS	
<i>Angel M. López y López</i> , Independencia, imparcialidad, objetividad del juez. (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)	951
<i>Ernesto Pedraz Penalva</i> , Sobre el significado y vigencia del jurado	967
<i>Manuel Díaz Sabina</i> , Cuestiones generales del proceso de divorcio	991
JURISPRUDENCIA	
Procesal penal, por <i>Alberto Montón Redondo</i>	1013
El Tribunal Supremo y la Constitución, por <i>M.ª José Mascarell Navarro</i>	1053
BIBLIOGRAFIA	
Recensiones	1073



JUSTICIA 86

NUMERO IV

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

José Almagro Nosete

Valentín Cortés Domínguez

José V. Gimeno Sendra

Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi

José S. Martín Ostos

Víctor M. Moreno Catena

Manuel P. Ortells Ramos

Francisco Ramos Méndez

Manuel Serra Domínguez

José L. Vázquez Sotelo

Faded, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

«JUSTICIA 86» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universidad, 11, Barcelona 08007, Teléf. (93) 3.17.53.08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Juan Montero Aroca, Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, 46071 Valencia, España.



1986

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

Director:

JUAN MONTEIRO ARCO

Consejo de Redacción:

- JOSÉ ALONSO MARTÍN
- VALERIO GARCÍA DOMÍNGUEZ
- JOSÉ V. GARCÍA SERRA
- FABIANO GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO
- JOSÉ S. MARTÍN GARCÍA
- VÍCTOR M. MONTEIRO GARCÍA
- MANUEL F. ORTIZ RAMOS
- FERNANDO RAMOS ALVAREZ
- MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
- JOSÉ L. VÁSQUEZ SOLÍS

Depósito Legal: Z. 1.271-81

ISSN: 0211-7754

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

ARTICULOS

APUNTES SOBRE LA PRECLUSION Y SU FUNCION SANEADORA DE LAS NULDADES PROCESALES *

MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Cantabria

SUMARIO:

1. Preliminar. — 2. Origen de la preclusión. — 3. Concepto de preclusión. — 4. Nulidades procesales: Concepto, clases y principios funcionales. — 5. Medios de oposición a las nulidades. — 6. Sanabilidad de nulidades procesales: Concepto y principios funcionales —en particular el principio de preclusividad sanatoria. — 7. Sistemas legislativos de saneamiento del proceso civil: Las instituciones específicas. El sistema español. — Conclusión.

1.— En la observación de las instituciones que el conjunto de la teoría general del Derecho nos ofrece en abstracto, y que en concreto se producen en el ordenamiento jurídico, nulidad y saneamiento (o subsanación o sanabilidad), se nos presentan como dos aspectos, haz y envés, de un mismo fenómeno que tiende a la efectividad de las relaciones y la seguridad del tráfico jurídico. En el desenvolvimiento de la tutela jurisdiccional a través del proceso civil es singularmente la preclusión el mecanismo técnico que, exclusivamente en el curso del procedimiento, opera frecuentemente, ora como punto de sutura de esos dos acaecimientos lógicos, ora, y por tanto con posible carácter bivalente, como sesgo de desconexión entre ambos. Esa versatilidad de la preclusión se descubre en que es susceptible de desplegar sus efectos no sólo en cuanto a los sujetos del proceso (parte que con su inacción da origen a la misma y contraparte que

* Trabajo destinado al Libro-homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario.

adquiere una ventaja procesal al sanarse o consolidarse, como consecuencia, el acto viciado y eventualmente sujeto a impugnación) y el tiempo (posibilidad de que se configure un momento procedimental único y específico afectado al saneamiento del proceso, a fin de que éste sea encauzado y se desarrolle sin mácula, o bien que la preclusión actúe intermitentemente, con las correspondientes censuras, en el transcurso del mismo, desembocando, en todo caso, en una secuencia última y máxima, no sólo cronológicamente: cosa juzgada sustancial, que produzca la suma preclusión y, en su razón, la sanidad definitiva de todas las nulidades procesales.

Resulta, pues, indudable la pertinencia y tempestividad de subrayar aquí la función relevante de la preclusión en el saneamiento del proceso, no únicamente por su propia naturaleza y operatividad, sino ahora, como resultancia de que, con motivo de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Novela de 6 de agosto de 1984 (Ley 34/1984), se introduce por primera vez en nuestra Ley Procesal Civil el término preclusión —art. 306-II— y se configura un momento específico y singular para, entre otros menesteres, pero predominantemente, otorgándole el rasgo más peculiar de su carácter, atender al saneamiento del proceso, por lo que parece razonable denominar a la comparecencia en que se condensa, *comparecencia saneadora* —artículos 691 y 693-3.ª y 4.ª, especialmente—

2.— No es pacífica la virtualidad funcional de la preclusión, tampoco su concepto, e incluso su validez terminológica.

Cuatro décadas atrás en España, en el número de julio-agosto de 1945 de la Revista General de Derecho, con el seudónimo UN TOBAGO, bajo el título *La Ley procesal civil y la terminología de algunos comentaristas* se arremetía contra la utilización que no se consideraba justificada técnica ni gramaticalmente, por algunos procesalistas, entre otros conceptos técnicos, de la preclusión, arguyendo ser palabra ajena al elenco gramatical de la lengua española, para luego abundar en la inutilidad técnica del concepto. No obstante el tiempo transcurrido, la vigésima edición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, Madrid, 1984, pág. 1.096, sigue sin reconocer la palabra.

Etimológicamente, para COUTURE (1), se trata de un modernismo jurídico del siglo XX, tomado del inglés preclusión, que, conjuntamente con el vergo 'to preclude', fue tomado sobre el latín *precludo -ere* y su *nomen actionis preclusio, -nis*. El verbo latino signifi-

ficaba «impedir», propiamente «cerrar en la cara», compuesto de *prae* «delante de» y *claudo, -ere* «cerrar».

Lo cierto es que este término aparece en el C.G.L. (*Corpus Glossariorum Latinorum*), V. 487, 25, en la alta edad media por tanto, y significaba *cierre de antemano* (2).

Técnicamente el concepto de la preclusión por fases se encuentra ya en la antigua historia procesal, presentándose por ello tanto en el procedimiento germánico como en el romano (3).

En las Fuentes aparece recogida, así, por ejemplo, en la J.R.A.—*Jüngste Reichsabschied* de 1654— (4).

Es en 1879 cuando BÜTOW en el *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. LXII, fase 1 y ss., extrae virtualidad técnica al concepto, oponiéndolo a la superada concepción contractualista del proceso, analizando casos de preclusión en la contumacia, puramento, confesión, competencia, y cosa juzgada (5).

3.— Qué debe entenderse por preclusión importa grandemente a los fines de determinar, no sólo la estructura de la institución, sino su desenvolverse funcional.

Desde que CHIOVENDA se ha venido considerando un concepto de preclusión que halla su esencia en la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la ley a su ejercicio (6). CHIOVENDA, como

(2) Cfr. A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, París, 4.ª ed., 1967, pág. 126.

(3) R. W. MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil* (trad. GROSSMAN), B. Aires, 1945, pág. 99).

(4) Cit. FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, págs. 59-60.

(5) Cfr. CHIOVENDA, *Cosa juzgada y preclusión*, en *Ensayos de Derecho Procesal civil*, vol. III, B. Aires, págs. 226 y 227 (trad. SENTÍS). Es, por tanto, errónea la afirmación de VESCOVI, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, 1984, pág. 69, de que dicha palabra fue introducida por CHIOVENDA en el léxico procesal; véase, además, WACH, *Manual de Derecho Procesal civil* (trad. BANZHAF), B. Aires, 1977, I, pág. 99, y II, págs. 79 y 263; también G. TESORIERE, *Contributo allo Studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, págs. 11 y 25-28, particularmente nota 1, respecto a los precedentes históricos. Aunque al error pueda inducir el propio CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal civil* (trad. G. ORBANEJA), III, Madrid, 1940, pág. 278, cuando dice literalmente: «He dado a esa consecuencia el nombre de preclusión, empleando un bello término de las fuentes, que se encuentra usado, propiamente con el significado en que lo tomo, en la *poena preclusi* del Derecho común, salvo que en la preclusión moderna se prescinde, naturalmente, de la idea de la pena».

(6) Cfr. CHIOVENDA, trabajo anteriormente citado, págs. 224-225.

(1) COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1976, pág. 446.

afirmara CARNELUTTI (7), en este trabajo se preocupaba de distinguir dos instituciones entrelazadas: cosa juzgada y preclusión; se producía la cosa juzgada cuando la sentencia garantizaba al *subditus legis* un bien de la vida, pues si el Juez decidía en cambio acerca del modo de conducir el proceso se daría, cuando le estaba prohibido, volver a decidir, preclusión pero no cosa juzgada.

Posteriormente D'ONOFRIO (8) puso en cuestión el concepto chiovendiano, afirmando que éste tenía un carácter puramente negativo, considerándolo como la condición de una determinada actividad que no puede desenvolverse por un obstáculo jurídico que se opone a su libre expansión. Se han producido diversas posiciones que han formulado su criterio al respecto. En nuestro parecer pueden sistematizarse del siguiente modo:

1) Concepción material (CHIOVENDA, D'ONOFRIO), comprendiendo tanto su consideración exclusivamente negativa como la positiva, según el entender de CHIOVENDA. En esta línea, de la que los dos autores citados representan los hitos más destacados, se desenvuelven otras aportaciones. Así STEA (9) entiende la preclusión en un sentido meramente negativo; distinguiendo, además, entre *p. explicita e implicita, parcial o total, absoluta* (relevante de oficio) y *relativa* (relevante a instancia de parte). RENDI se mueve también dentro de la órbita chiovendiana, mas introduce como concepto nuevo el de las preclusiones *pro iudicato*, que se producen respecto a las providencias de tutela jurisdiccional que no impliquen o no exijan una declaración de certeza y que no han sido controvertidas, alcanzándose un resultado práctico similar al que se tendría si se hubieran protegido con la cosa juzgada (10).

2) Concepción gramatical (ATTARDI), pues entiende que dicho concepto no sirve sino para generar equívocos y confusión en el lenguaje jurídico y para alimentar dudas sobre la naturaleza de toda una serie de fenómenos; la preclusión tiene un significado puramente léxico de obstáculo o impedimento a una actividad jurídica cualquiera (11).

(7) CARNELUTTI, *Contra la cosa juzgada penal en Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. SENTÍS), B. Aires, 1961, págs. 276-277.

(8) D'ONOFRIO, *Sul Concetto di Preclusione*, en *Studi in Onore di G. Chioventa*, págs. 429 y 430.

(9) STEA, *La teoría dei termini nel diritto processuale civile*, Torino, 1912, págs. 28 y ss.; cit. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni*, op. cit., págs. 38-39.

(10) RENDI, *Derecho Procesal civil*, I (trad. SENTÍS y AVERRA), B. Aires, 1957, pág. 69.

(11) ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, cit. ANDRIOLI, voz *Preclusione*, *Diritto processuale civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, pág. 568.

3) Concepción escéptica (SATTA), que considera dudosa la posibilidad y la utilidad de hacer de la preclusión un concepto técnico, ya que la concepción de la preclusión se vincula teóricamente a la idea de la relación jurídica procesal, de donde está destinada a ser olvidada con ésta (12).

4) Concepción procedimental (ANDRIOLI, BUZOID). Para ANDRIOLI la preclusión representa el ingrediente del cual no se puede prescindir para construir la noción del proceso, entendido como serie de actos de las partes y del juez, cronológicamente ordenados, en vista del proveimiento final, la preclusión representa la expresión formal del proceso, tendiendo el principio de preclusión a hacer posible la ordenación temporal de los actos en particular, conforme a una consideración unitaria (13).

Para BUZOID la preclusión es el desenvolvimiento de la relación procesal y la obtención de su resultado, ya que el proceso se desenvuelve mediante una progresión de decisiones que tienen por finalidad poner término a las cuestiones suscitadas, ya como no sería lógico que el juzgamiento de las cuestiones prejudiciales o de otras quedase suspendido y sujeto a reexamen en cualquier tiempo, pues el proceso no vuelve atrás sino de modo análogo, el legislador instituye un amplio sistema de recursos, al objeto de obtener la preclusión (14).

4. — Concepción unitaria, como podríamos denominar la postulación de TESORIERE, para quien la preclusión se muestra como un fenómeno procesal, pero que incide simultáneamente también sobre la relación sustancial deducida en juicio, impidiendo o, según los casos, retardando su afirmación. Debe distinguirse entre causa de la preclusión (decadencia, prescripción) y efecto de la p. (nulidad —improponibilidad, inadmisibilidad, improcedibilidad—); llegando a establecer tres modelos en consecuencia: 1) *causa preclusiva* (decadencia, incompatibilidad, etc.); 2) *efecto* o de la verdadera y propia preclusión (imposibilidad de realizar el acto precluido; 3) el eventual de la proposición o nueva proposición del acto precluido. De esta suerte, por tanto, ha pretendido diferenciar la preclusión de figuras

(13) Cfr. ANDRIOLI, *op. cit.*, pág. 568.

(14) Cfr. BUZOID, *Del agravio en el auto del proceso*, *Rev. de Dr. Proc.*, Argentina, 1951, vol. I, págs. 138-139.

afines o próximas: decadencia, prescripción, nulidad, improponibilidad, inadmisibilidad, improcedibilidad (15).

6. — Concepción formal o lógico-temporal (GUASP). Para este autor (16), siguiendo implícitamente a D'ONOFRIO, la preclusión se traduce en una limitación temporal del ejercicio de un derecho que en vez de acompañar conceptualmente al derecho mismo (caducidad) o de seguirlo (prescripción), le precede, es decir, que se da cuando el ordenamiento jurídico regula ciertas etapas o períodos temporales en que determinados actos tienen que verificarse forzosamente si quieren ser válidos. Desde la perspectiva lógica, cuando se piensa en actos a verificar en el futuro y se establece por tanto con una anterioridad tal de pensamiento el efecto extintivo del transcurso de determinados períodos de tiempo o trámites que aún no han transcurrido, puede hablarse de preclusión; cuando el efecto extintivo del poder se establece al regular el mismo acto que tal poder permite realizar se emplea el término de caducidad; cuando se ordena la extinción de poderes pensando en actos pasados se alude a la prescripción.

No obstante lo sugestivo de la tesis de GUASP, de tanta altura como salida de su admirable fecundidad constructiva, creemos que halla su inconveniente en el pie forzoso de esa óptica negativa, circunscribir la idea de preclusión a la de pérdida —de un derecho o de una posibilidad—. Mas no es así, pues en la realidad del devenir jurídico, la virtualidad de la preclusión puede suponer, además, una adquisición. El caso más paradigmático es el que aquí nos ocupa, la preclusión de nulidades en el seno del saneamiento procesal; pues por el transcurso del plazo establecido para la impugnación de la nulidad, una parte hace dejación de un derecho impugnativo —pérdida—, en general de un medio de oposición, pero correlativamente la otra parte consolida o hace inatacable, válido, en fin, un acto viciado y sujeto, por tanto, a impugnación; por consiguiente, adquiere o accede a una situación meliorativa de su esfera procesal precedente —ganancia—.

(15) TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, op. cit., págs. 59, 88 y 99. También este autor, cuya monografía es la más completa existente, clarifica, siguiendo a STEA, la preclusión en *explicita* —prevista como tal en una disposición—, *implícita* —si se infiere del cotejo de varias disposiciones—, *limitada* —CHIOVENDA—, *parcial* —STEA—, *temporanea* —D'ONOFRIO—, *absoluta*, *total*, *perpetua*, *ope legis*, *ope iudicis*.

(16) Cfr. GUASP, *Comentarios a la LEC*, Madrid, 1943, I, págs. 821-822 y nota 5; y *Vieja y nueva terminología en el Derecho procesal civil*, Rev. Der. Proc., 1946, págs. 86 y ss. —en este artículo contesta al de UN TOGADO del que hicimos referencia.

El alcance bivalente, favorable para una parte, desfavorable para la otra, de los efectos jurídicos de la preclusión, sólo tiene explicación dentro del proceso, a diferencia de las otras dos instituciones próximas a que GUASP se refiere —nuestra posición, es, por tanto, diversa de la de CHIOVENDA, cuando se refiere, *Instituciones*, III, op. cit., pág. 279, bajo el rubro «Efecto de la preclusión» a que de la preclusión puede nacer un derecho (p. ej., *actio iudicati*); pero más corrientemente se origina una simple situación jurídica-simple elemento del derecho—, caducidad y prescripción, que operan también fuera de él y sin necesario alcance bilateral, comúnmente con efectos directos para un solo sujeto. En la preclusión la causa es unilateral —inacción de una parte— y los efectos generalmente bilaterales —pérdida de una facultad procesal en el sujeto inactivo y adquisición de un plus jurídico procesal en la contraparte—. Por tanto no parece adecuada la distinción de GUASP a base exclusivamente del momento temporal que acota las tres instituciones; según que proceda, acompañe o subsiga.

En esas dos notas enunciadas: efecto bilateral y contrapuesto —favorable para una parte y desfavorable para otra—; y operatividad intraprocesal, creemos que se encuentran las dos características esenciales de la preclusión. Y precisamente ese aspecto favorable, de adquisición o ganancia de un plus jurídico procesal con carácter inmediato, para una de las partes, y mediato, además de objetivo, para la finalidad social del proceso, es el que nos revela con mayor intensidad la vinculación entre preclusión y saneamiento, pues este último se produce en virtud del efecto favorecedor desplegado por la preclusión de las nulidades sanables.

Estamos ya, por consiguiente, en situación de formular nuestro concepto de preclusión como «*institución ordenadora de la regularidad del desenvolvimiento del proceso y que se concreta en el resultado jurídico procesal producido por la inacción de una de las partes del mismo respecto al ejercicio en su seno, en el plazo especialmente establecido al efecto, de una facultad procesalmente relevante, o por la realización de otra actividad con ella incompatible, y que se resuelve en la pérdida, extinción, consumación de la misma y la consolidación correlativa en la esfera jurídico-procesal de la contraparte.*»

Hemos formulado, pues, el concepto de preclusión como institución jurídica, enmarcada en la Teoría general del proceso. Diverso resulta que, por vía de abstracción se puede utilizar aquella para, en su base, establecer un principio ordenador del regular desenvolvimiento del proceso, del procedimiento, característicamente funcional y atinente a la exteriorización del mismo, vinculado a la escritura: Principio de preclusión, conectado con el de eventualidad y con el

de elasticidad, opuesto, por ende, al de libertad o secuencia discrecional (17).

5.— El otro elemento del tríptico a que hacíamos referencia en el preliminar es el referido a las unidades. Del concepto que se mantenga la nulidad derivará el juego que haya de desplegar la preclusión. Generalmente, en la teoría del Derecho se agrupan en ese supraconcepto los referentes a los actos inexistentes, nulos, anulables y rescindibles (18). Pero es al efectuar la descripción de las distintas especies donde se aprecian las posibilidades operativas de la preclusión en relación con el saneamiento de las mismas.

Clásicamente se suele distinguir, entre otras, en absolutas relativas; originadas por vicios *in procedendo* o *in iudicando*; desde una perspectiva de su condición formal en las normas, en constitucionales —violan alguna garantía constitucional— y ordinarias; funcionalmente era clásica la de pronunciables de oficio y relevables a instancia de parte, que modernamente (19) pretende sustituirse con ventaja por nulidades sustraídas a la exclusiva disponibilidad de sujetos distintos del juez y nulidades entregadas a la plena disponibilidad de sujetos distintos del juez, de ellas ocupan un lugar eminente las concernientes a la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, que podemos escindir conceptualmente en cuatro momentos en que se va modelando dicha relación en el discurrir del proceso: atendibilidad, admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad. La preclusión de nulidades sólo operará, *sensu strictu*, en el segundo y tercero de esos momentos.

(17) Vid. al respecto, TESORIERE, *Contributo*, op. cit., págs. 93 y ss.; ZANZUCHI-VOCINO, *Diritto Processuale Civile*, I, Milano, 1964, págs. 434 y ss.; MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, I, Torino, 1985, págs. 333 y ss.; COUTURE, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, B. Aires, 1977, págs. 194 y ss.; CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, II, *Estructura del Proceso*, B. Aires, 1983, págs. 81 y ss. No obstante, aun en la consideración apuntada, la preclusión como principio, y alguno de sus consecuentes, adquiere vertientes que desbordan cuestiones de pura regularidad formal para entrar en problemas de fondo, el ejemplo clásico de GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil* (trad. PRIETO-CASTRO), Barcelona, 1936, pág. 85, respecto a la exacerbación del principio de eventualidad, es ilustrativo: «En primer término, no me has dado dinero alguno, eso no es verdad. En segundo término, te ha sido devuelto hace ya un año. En tercer término, tú me aseguraste que me lo regalabas. Y, por último, ha prescrito ya, y está pendiente el juramento».

(18) Cfr. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Pamplona, 1985, pág. 577 y ss.

(19) Cfr. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, Riv. Tr. Dir. e Proc. Civ., 1965, págs. 147-148. También en *Studi in onore di Antonio Segni*, I, Milano, 1967, págs. 540-541).

Cualquiera definición que de la nulidad se formule configurará, evidentemente, la función atribuida a la preclusión, que actuará, por tanto, con mayor amplitud, cuanto más lata sea la definición que de la nulidad se dé. Una definición de carácter genérico es la dada últimamente por MAURINO (20) como «aquel estado de anormalidades del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o, en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido».

Cualquiera que sea la definición adoptada ha de partir, en todo caso, de su encuadramiento en la teoría general de los actos jurídicos, considerando, al respecto, cuatro aspectos o momentos, de los que, utilizando términos de las ciencias naturales, puede decirse: momento fisiológico —normalidad del acto—, patológico —anormalidad—, quirúrgico —punibilidad del acto, nulidad como sanción— y terapéutico —sanabilidad del acto—. Así ha podido decirse que frente a la validez está la invalidez; o nulidad; frente a la admisibilidad la inadmisibilidad; a la eficacia la ineficacia; y a la fundabilidad, la falta de fundamento (o de fundabilidad) (21).

Empero, y dentro de una dirección que estima que, al menos en el proceso civil, han de relativizarse las nulidades, actualmente se acentúa más el aspecto de sanabilidad que el punitivo, sobre todo por razones de economía procesal (22).

Pero es quizás en la formulación de los principios relativos a las nulidades procesales donde mejor se desentraña el alcance de las mismas; con referencia al Derecho español podemos sentar los siguientes (para un estudio general COUTURE, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.ª ed., B. Aires, 1977, págs. 386 y ss.).

(20) MAURINO, *Nulidades procesales*, B. Aires, 1982, pág. 16.

(21) Cfr. VESCOVI, *Teoría general*, op. cit., pág. 256.

(22) Vid. CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, II, págs. 127 y 123. VESCOVI señala que «modernamente la evolución culmina con la adopción del principio del finalismo, según el cual la nulidad puede ser declarada, fuera de los casos previstos en la ley, cuando el acto carece de los requisitos indispensables, para el logro de su fin. Pero no si el acto ha alcanzado el fin propuesto. Y con la exigencia de que se esté ante un caso de indefensión... las formas procesales no tienen otro sentido que el de garantizar los derechos de los individuos, por lo cual las nulidades no tienen otro objeto que salvaguardar dichas garantías. Y la preocupación del legislador, más que la de establecer nulidades es la de fijar los límites, de modo que ellas no sean utilizadas como medios para violar los deberes —cargas, etc.—, por eso, la regla será siempre la validez del acto y la nulidad de excepción; *Teoría general del proceso*, op. cit., págs. 298, 302 y 303. Véase también MANDRIOLI, *Corso*, I, op. cit., págs. 362 y ss.

- | | | |
|---------------|---|--|
| Estructurales | } | — Tipicidad o legalidad procesal (art. 117 de la Constitución y 1 de la LEC). |
| | | — Adjetividad o instrumentalidad de las formas (arts. 240 y 242 LOPJ). |
| Funcionales | } | — Damnabilidad objetiva (perjuicio jurídicamente relevante (art. 238-3.º <i>in fine</i> LOPJ). |
| | | — Sanabilidad (convalidación; perspectiva teleológica; la nulidad debe interpretarse en sentido favorable a la efectividad del Derecho, art. 24 de la Constitución y doctrina al respecto del Tr. Constitucional, S. 65/1983, de 21 de julio, entre otras muchas, y arts. 240-2 y 243 LOPJ). |
| | | — Preclusividad (fases o secuencias preestablecidas para atacar las nulidades procesales, e incluso específicamente para sanear el proceso subsanando las mismas). |

6.— Clásicamente la Doctrina española agrupaba en tres apartados los medios de oposición a la nulidad: acción, excepción y recurso (23).

Desarrollando esta tipología en el Derecho español se pueden apreciar: 1) por vía de excepción la denuncia de la falta de jurisdicción y de competencia, el defecto de la demanda y la falta de reclamación previa en vía gubernativa (art. 533-1.ª, 5.ª a 7.ª); 2) por vía de recurso de apelación y el de nulidad la ausencia de inidoneidad del tipo de procedimiento (art. 495, 693-1, primera, 703-II); 3) el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales en el juicio (art. 1.692-3.º), sin perjuicio de utilizar el mecanismo previsto en el art. 859; 4) la denuncia de la falta de jurisdicción y competencia en el juicio ejecutivo (art. 1.464, núms. 10 y 11), así como la falta de citación del demandado, denunciable por el mismo (arts. 1.467-3.º y 1.473-I-3.º); 5) la anormalidad que origina en el acto de utilización de la violencia o del cohecho, relevante de oficio en cualquier momento, puede dar lugar al recurso de revisión ((arts. 1.806 y 1.807), a instancia de la parte perjudicada; 6) la regla general de denunciar

(23) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea procesal*, I, México, 1972, pág. 225, reseña de la obra de GELSI BIDART, *De las nulidades en los actos procesales*, Montevideo. En términos semejantes se pronuncia la doctrina extranjera, ZANZUCCHI VOCINO, *Diritto*, I, op. cit., pág. 449, hablan de impugnación —en sentido amplio, y de corrección y rectificación. CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, II, op. cit., pág. 130, señala que la vía más concreta e inmediata de provocar la declaración de nulidad de los actos procesales es el incidente. Más específicamente, VESCOVI, *Teoría general*, op. cit., pág. 310, afirma que la doctrina y la jurisprudencia uruguayas admiten, casi sin evitaciones, fuera del recurso (ordinario y extraordinario) previsto por la ley, la excepción del incidente y, con discrepancias, la acción ordinaria).

las nulidades a través de los correspondientes recursos (art. 742-II, *in fine*, a contrario sensu); 7) la denuncia de oficio de las nulidades por los órganos de la Jurisdicción, conforme al art. 1 de la LEC (24).

Merece singular mención aquí que la Novela del 84 ha suprimido el denominado recurso de nulidad de actuaciones, tramitable como incidente autónomo, con arreglo al art. 744, por ser de previo pronunciamiento. Efectivamente, el art. 745, consideraba de tal carácter, el indicado en su núm. 1, referido a la nulidad de actuaciones o de alguna providencia. El proyecto de reforma hacía indicación a la supresión del recurso de nulidad de actuaciones; el texto definitivo, con acierto a nuestro entender, lo ha sustituido, en el art. 742-II, por el de nulidad de resoluciones. Se estima que los vicios que puedan producir tal efecto deberán ser hechos valer, tal como indicamos *supra*, a través de los correspondientes recursos (25).

Sin embargo, la LOPJ, en su art. 240-1 preceptúa que «la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales... se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales». Paradójica disposición, por tanto, cuando la Novela 84 ha suprimido el incidente de nulidad de actuaciones (26).

7.— Hasta aquí hemos venido insistiendo en el estrecho entrecruzamiento de preclusión y sanabilidad de los actos procesales. Históricamente este fenómeno se produjo, como indica CHIOVENDA (27), por influencia germánica que introdujo una distinción en las nulidades, que por derecho romano sobrevivían todas al fallo; se habló de nulidades sanables e insanables, y en cuanto a las primeras se puso un término para hacerlas valer, transcurrido el cual quedaban sanadas. El maestro italiano menciona cómo esta simple preclusión de la impugnación de nulidad fue mal entendida y atraída a veces al principio de la cosa juzgada.

Este íntimo matrimonio de sanabilidad y preclusión fue decantándose sucesivamente hasta tornarse indisoluble en el criterio de algunos autores que definen la sanabilidad como «la posibilidad de

(24) Cfr. PRIETO-CASTRO, *Tratado*, op. cit., págs. 580-581.

(25) Sobre esta cuestión, vid. SERRA, *La reforma de la nulidad de actuaciones analizada a través de tres recientes resoluciones judiciales*, «Justicia» 84-IV, págs. 825 y ss., publicado bajo el título *La denuncia de las nulidades procesales tras la supresión legal del incidente de nulidad*, R.J.Cat., 1985-I, págs. 33 y ss.

(26) Vid. PRIETO-CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, Pamplona, 1986, pág. 469.

(27) CHIOVENDA, *Sobre la cosa juzgada*, en *Ensayos*, op. cit., III, pág. 199.

hacer invariable el estado jurídico mediante la preclusión del medio para atacarlo» (28), y en este sentido abundan en ulteriores trabajos (29).

Más modernamente otros autores señalan esta vinculación. DENTI (30) señala que el agotamiento de los medios de impugnación, y, por tanto, la producción de la cosa juzgada formal, impide toda ulterior indagación sobre la regularidad del procedimiento: fenómeno éste que también se define diciendo que la cosa juzgada constituye la causa extrema de sanidad de las nulidades procesales. Igualmente SERRA (31) hace énfasis en la influencia de la preclusión procesal y de la cosa juzgada en las nulidades procesales, afirmando que el tiempo purga los vicios y nulidades no reclamadas en su época, de acuerdo con BLESÁ.

En la doctrina y Derecho brasileños la unión efecto preclusivo-saneamiento del proceso, se manifiesta irrefragable, ya que la no interposición del agravio del despacho que sana el proceso opera la preclusión de las cuestiones decididas, y se insiste en el carácter típicamente preclusivo del despacho saneador respecto a estas cuestiones. La preclusión impedirá que sean después discutidas, no sólo las cuestiones expresamente decididas, como aquellas sobre las cuales el juez, o por no haber sido contestadas, o por no haber atendido a reclamaciones dejó de proveer (32). Singularmente, BARBOSA (33) profundiza en la eficacia preclusiva del despacho saneador, en dos hipótesis básicas respecto a las que opera.

Se nos revela así una característica tradición del despacho saneador, desde el nacimiento de esta institución luso-brasileña por el Decreto portugués núm. 3, de 29 de mayo de 1907 (art. 9.º), creador del despacho destinado a conocer de las nulidades procesales con el nombre de *despacho regulador* (34).

Pero de manera paladina en certeras líneas expone esta cuestión VESCOVI: «En general, los ordenamientos positivos tienen normas expresas sobre la subsanación de las nulidades al no reclamarse den-

(28) Cfr. CALAMANDREI, *La casación civil*, tomo I, vol. I, pág. 216 (trad. SENTÍS), B. Aires, 1961.

(29) *Vicios de la sentencia y medios de gravamen*, en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. SENTÍS), B. Aires, 1961, pág. 460.

(30) DENTI, *Nullità degli atti Processuali Civili*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XI, pág. 469.

(31) SERRA, *El incidente de nulidad de actuaciones*, en *Justicia* 81, número especial, págs. 44 y ss.

(32) Cfr. BUZAID, *Del agravio...*, op. cit., pág. 152).

(33) BARBOSA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 6.ª ed., Río de Janeiro, 1984, págs. 73-74.

(34) Cfr. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, pág. 367.

tro de determinados plazos para los recursos establecidos. Inclusive, algunos derechos prevén institutos para sanear el proceso de nulidades, de modo de evitar que se aleguen éstas cuando ya han transcurrido otras etapas, haciendo retrogradar el procedimiento a estadios ya pasados, con los consiguientes perjuicios. Es la función del importante *despacho saneador* del derecho brasileño en Latinoamérica, al que nos hemos referido más de una vez. También la *audiencia preliminar*, tal como se ha concebido en el Proyecto de Código de Procedimiento uruguayo y en el Código del Proceso Civil Modelo para Iberoamérica, tiene, entre otras, esa función.

En todo caso, y cuando estas normas no existen, igualmente hay un principio general del derecho que acepta la convalidación de las nulidades procesales, fundado en los postulados antes mencionados —certeza, seguridad, preclusión—. También se basa en que dichas nulidades deben ser opuestas por las partes y no de oficio por el juez, por lo cual se presume que al no hacerlo en tiempo, renuncian a invocarlas (35).

En orden a este saneamiento del proceso de que venimos tratando podemos sentar unos principios funcionales.

El primero de ellos se refiere al principio de autoridad en el saneamiento del proceso y se traduce en los poderes del juez al respecto, sobre todo en la posibilidad de apreciar de oficio las nulidades, como deber procesal de dirección —arg. art. 239 y 240-I LOPJ, en ciertos aspectos— y considerando el carácter instrumental o relativo a que hemos hecho referencia, *supra* núm. 4, como principio estructural, y, sobre todo, al principio funcional de la sanabilidad y de que toda nulidad, aun la más radical, puede ser sanada por la preclusión máxima que constituye la cosa juzgada sustancial (36).

El segundo principio es el de libertad que se expresa en el señoría de la aquiescencia, dispositividad y renuncia de los derechos que, conforme al art. 6-2 del Código civil, justifica la dejación de los mismos; en el plano procesal, la preclusión, *principio de preclusividad sanatoria* como institución nuclear o central de la virtualidad del saneamiento, y que a la justificación material anterior, auna los de efectividad de la tutela, instrumentalidad de las formas y economización del proceso (ÖKONOMISIERUNG) (37).

(35) VESCOVI, *Teoría general del proceso*, op. cit., pág. 306.

(36) Cfr. en sentido análogo, ALVARADO VELLOSO, *El Juez, sus deberes y facultades, los derechos procesales del abogado frente al juez*, B. Aires, 1982, pág. 66.

(37) Acertadamente señala VESCOVI, *Teoría general del proceso*, op. cit., pág. 68, que se relacionan en el principio de economía, aun cuando se funden en diversas razones, el principio de eventualidad, el de concentración, el de preclusión. En general, sobre el principio de economía y la economización del

Un tercer principio en esta materia de la sanabilidad o depuración de los vicios procesales, con carácter funcional también, es el de colaboración directiva, juez-partes, que se produce ejemplarmente en el supuesto de que el juez ponga de manifiesto, valga el incorrecto giro gramatical extendido en nuestra terminología positiva, los vicios a las partes para que procedan a la subsanación de los mismos; hipótesis introducida en nuestro sistema procesal civil codificado en el art. 693-3.º.

Un último principio es el que hace indicación a la subsanación actual o potencia del acto. Efectivamente, aun habilitándose en determinados sistemas procesales un momento específico para el saneamiento, puede suceder que la subsanación no sea factible dentro de esa consecuencia, por lo que se establece la posibilidad de que se otorgue un plazo, igualmente preclusivo, para proceder a sanear esas defectuosidades; en este sentido se expresa el art. 693-3.º, *in fine*, configurando un plazo no superior a diez días para efectuar este quehacer. Sin embargo, surge una aparente antinomia entre el contenido de este precepto y lo que dispone el art. 687: «El demandado propondrá en la contestación todas las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias, y, *si se mantienen*, el Juez resolverá sobre todas en la sentencia, absteniéndose de hacerlo, en cuanto al fondo del pleito, si estimase procedente alguna de las dilatorias que la impida». Hemos subrayado ese *si se mantienen*, pues una interpretación literal de dicha frase parece romper las secuencias de que venimos hablando. En nuestro criterio, supondría que, alegadas determinadas excepciones que pueden suponer el defecto de algún presupuesto o la apreciación de la existencia de una patología de un acto procesal —nulidad *lato sensu*—, si el Juez considerase durante la secuencia subsanatoria de la comparecencia —artículo 693-3.º y 4.º— que dicha alegación no tenía relevancia o entidad por no apreciar la existencia o consistencia de la misma, puede el demandado conformarse con dicha resolución, o bien, *mantener la*

proceso, vid. COMOGLIO, *In Principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, esp. págs. 48 y ss., *El principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri*, Riv. Dir. Proc., 1982, págs. 664 y ss. De manera clara pone de relieve ALMAGRO, los efectos sanatorios de la preclusión en su Comentario al art. 693 LEC, en *Comentarios a la Reforma de la LEC*, coordinadas por V. CORTÉS, Madrid, 1985, pág. 579, vinculándolo al principio de economía procesal. En un sentido más plástico aún, también conectado al principio de economía procesal, se ha acuñado el de *inmaculación procesal*, significativo del propósito de limpiar el proceso, de higienizarlo, liberándolo de los defectos que pudieran representar un escollo para llegar a un pronunciamiento sobre el fondo, sobre el derecho material, cfr. ODERIGO, *Lecciones de Derecho procesal*, II, B. Aires, 1982, pág. 102; AYARRAGARAY, *El principio de la inmaculación en el proceso*, B. Aires, 1959.

denuncia del vicio para que el Juez resuelva sobre estos extremos en la sentencia. El problema es, pues, de defectuosa redacción y ubicación del texto, pero esta interpretación lógica y sistemática, puede salvar la aparente contradicción (38).

8. — Los sistemas legislativos, desde antiguo, han instituido diversos fugios procesales destinados a encauzar y sanear el proceso. Ya en el proceso romano clásico, la propia escisión en dos fases, etapas *in iure* y *apud iudicem*, nos lo manifiestan. Particularmente dentro de la etapa *in iure* se incluía una *contentio de ordinando iudicio*, así como una *contentio de constituendo iudicio*, dirigida a la fijación de los presupuestos procesales y el saneamiento del proceso, a fin de desbrozar el terreno de las cuestiones *litis ingressum* impeditas, propuestas generalmente por vía de excepción (39). Modernamente tienden a esta función, con mayor o menor alcance, la audiencia preliminar austríaca —*Erste Tagsatzung*—, párrafos 239 a 242 de la ZPO. La «Prima Udienza di trattazione», art. 183 C.P.C. italiano. La audiencia preliminar, arts. 243 a 249, del Código de Procedimiento Civil del Estado de la Ciudad del Vaticano de 1 de noviembre de 1946.

En el Derecho francés, en el que existe la institución de «Fins de non recevoir», la vinculación preclusión-nulidad se pone de relieve por el art. 115 (*nullité-forclusion*) del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

Esta relación se resalta, con la máxima perfección técnica, por el citado Código Vaticano en su art. 160, que dispone:

«1. La nulidad de los actos debe deducirse específicamente en la primera contestación siguiente al acto que se quiere impugnar; en caso diverso, la nulidad es sanada, a menos que se trate de nulidades a señalarse también de oficio, o la parte no justifique la falta de deducción con un legítimo impedimento.

2. Si la nulidad se refiere solamente a la notificación, el acto notificado es, no obstante, eficaz para impedir toda decadencia de derechos o de términos.

La nulidad de notificación de la citación queda sanada por la comparecencia en juicio.»

(38) Sobre el argumento, con mayor amplitud, vid. ALMAGRO, *Comentarios a los arts. 693 y 687*, op. cit., págs. 580 y 560-651.

(39) Cfr. CICERÓN, *Partitiones Oratoriane*, 28, 99; BÜLOW, *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (trad. ROSAS LICHTSCHHEIN), B. Aires, 1964, pág. 283; WACH, *Manual de Derecho procesal civil* (trad. BANZHAF, I, B. Aires, 1977, págs. 52 a 54.

No obstante, consideramos que donde mayores virtualidades se han extraído de la dialéctica preclusión-saneamiento del proceso han sido de la institución de origen luso, trasplantada al Brasil, denominada despacho saneador, y a que ya nos hemos referido, introducido orgánicamente en el Código portugués de 1939, arts. 514 y 515, que se regula actualmente, en el Código de 1961 en los arts. 510-511, estableciéndose la conexión del despacho con la preclusión, a través del art. 206: «Cuándo debe el Tribunal conocer de las nulidades», expresando específicamente, en sus dos apartados, los dos momentos preclusivos: el despacho saneador, y la sentencia final, sin perjuicio de que puedan ser apreciadas luego que sean reclamadas (40).

Respecto al Derecho brasileño, la regulación del despacho saneador se encuentra recogida en el art. 331, que debe ser relacionado, a los efectos preclusivos, entre otros con el art. 327, ya que dicho despacho comprende, además de un juicio positivo de admisibilidad relativo a la acción, un juicio positivo de validez del proceso, ya por haberse constituido y desenvuelto sin vicios, ya por haber sido oportunamente sanados (41).

En el Derecho español, aunque existían precedentes, notoriamente desdibujados, de instituciones específicas de saneamiento en el proceso, como el art. 34 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en el ámbito del proceso civil, la regulación en el procedimiento administrativo, contenida en los arts. 47, 48 y 49 de la Ley de Enjuiciamiento Administrativo de 17 de julio de 1958; así como el art. 94 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, en relación con el 85-2 y 50; no es hasta la reforma de la LEC operada por la Novela del 84, atañente en los arts. 691 y ss., cuando se da forma a una auténtica institución específica para el saneamiento del proceso, que denominamos comparecencia saneadora (42).

Anteriormente, el Proyecto de los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, dedicaba, abriendo un camino al legislador, del que ha hecho poco caso, un artículo específico a la materia que nos ocupa (43): *Preclusión del derecho a denunciar vicios*

(40) Cfr. *Código de proceso civil*, actualizado y anotado, Coimbra, Luso, Romeira, Ferraz, 1981, págs. 147 y 148. Para el despacho saneador, en general, además de lo indicado supra, nota 34, vid. BARBOSA MOREIRA, J. C., *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, Ponencia Internacional para la IX Jornadas de Derecho Procesal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, R. D. Proc., 1986, I, págs. 15 a 21.

(41) Cfr. BARBOSA, O. *Novo...*, op. cit., págs. 71-72.

(42) Sobre los antecedentes doctrinales de esta institución, vid. ALMAGRO, *Comentario al art. 691*, en op. cit., pág. 564 y ss.

(43) Vid. obra citada, tomo II, Madrid, 1974, págs. 224-225.

procesales: «I. Transcurridos los plazos señalados en los artículos anteriores sin que las partes hayan solicitado o el tribunal haya dispuesto la celebración de la comparecencia previa, se perderá el derecho a denunciar vicios que obstan a la continuación del asunto o que impidan en su día una resolución sobre el fondo, y quedarán subsanados éstos, a menos que sean legalmente insubsanables o que puedan perjudicar a terceros. II. Si los vicios a que se refiere el párrafo anterior se produjesen con posterioridad a la providencia ordenando que se conteste a la demanda, las partes podrán ponerlos de manifiesto en la primera oportunidad que se presente, y en su defecto por el procedimiento de los incidentes».

Basta confrontar la redacción de este artículo con la establecida por el legislador de 1984 en el art. 693-3.ª y 4.ª-I, para observar la superioridad de la fórmula profesoral.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio, dedica su capítulo III, del Título III, del libro I, arts. 238 a 243, a la nulidad de los actos judiciales. Resaltamos de esta novedosa regulación el principio de sanabilidad que se contiene en el art. 243, así como en el 240-2, en que se establece además, la declaración *ex officio*, pero se configura, loablemente, una previa audiencia a las partes al efecto, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación.

En general, la nueva regulación de la L.O.P.J. que cubre un vacío en nuestro sistema, obedece a la influencia de los arts. 47 a 55 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, y es, en nuestro criterio, inferior, p. ej., a la de los arts. 156 a 162 del C.P.C. italiano (44).

9.— Objeto de este estudio, como se ha dicho en el número 1, dado el actual momento inmediatamente posterior a la reforma de la LEC., ha sido poner de relieve, aprovechando que por primera vez se introduce en nuestra terminología positiva procesal civil el concepto de preclusión, y se regula *ex novo* la comparecencia saneadora, la íntima conexión e interdependencia entre ambas instituciones, particularmente en su desenvolvimiento funcional en el proceso civil.

(44) Vid. sobre la regulación establecida por la L.O.P.J. PRIETO-CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, op. cit., págs. 468-470.

EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA, CON EL ESTUDIO DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 19/1986 DE 14 DE MAYO

MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Regulación legal y naturaleza jurídica. — II. Procedimiento: A) Sujetos intervinientes; B) Requisitos objetivos; C) Tramitación.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley de 14 de mayo de 1986 lleva por título «de reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria» y como se desprende de su Preámbulo se aportan con ella, a los procedimientos de ejecución hipotecaria, las innovaciones que la Ley 34/1984 de 6 de agosto había introducido ya en la vía de apremio ordinaria.

Las reformas se centran, fundamentalmente, en los siguientes aspectos: posibilidad de posturas por escrito en las subastas; elevación de la cantidad a consignar, como requisito para poder participar en la misma; reserva de posturas en previsión del incumplimiento del remate, evitando así la subasta en quiebra; y la posibilidad de anunciar, en un mismo edicto, las tres subastas para el supuesto de no haber postores.

La extensión de la reforma al procedimiento de ejecución hipotecaria era necesaria, y se debió hacer en la Ley de 1984, ya que la desigualdad creada dio lugar en la práctica, según hemos podido comprobar, a que la parte acudiera al juicio sumario ejecutivo, en detrimento de esta vía privilegiada.

El juicio global, anticipado, que las novedades suponen es positivo, aunque en algún caso puedan dar lugar a los problemas que más adelante veremos; no obstante se ha perdido la ocasión para reformar puntos defectuosos del trámite.

Para comprender rectamente el sentido de la reforma, hemos de centrarla en el contexto del procedimiento de ejecución hipotecario, y por ello creemos que es necesario hacer un análisis del mismo, si quiera sea superficialmente.

II. REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.

El procedimiento judicial sumario que actualmente recogen los arts. 129 y ss. de la Ley Hipotecaria (en adelante L.H.) y 225 y siguientes del Reglamento Hipotecario (en adelante R.H.), se introdujo por primera vez en la legislación hipotecaria peninsular por la Ley de 21 de abril de 1909, teniendo como modelo, en el sentir de los legisladores de aquella época, la Ley de Ultramar de 14 de julio de 1893.

Con anterioridad a la Ley de 1909, el titular de un derecho de crédito hipotecario contaba, para hacerlo efectivo, bien con el procedimiento declarativo ordinario adecuado a la cuantía del crédito, bien con la vía más privilegiada del juicio sumario ejecutivo. Pero la práctica demostraba a diario que, estos cauces procesales, no satisfacían eficazmente las exigencias reclamadas por los acreedores hipotecarios, ni siquiera la vía del juicio sumario ejecutivo resultaba adecuada, ya que la fase de oposición a través de la demanda de contradicción, los incidentes que el demandado podía plantear, la fase probatoria, la vista y los posibles recursos contra la sentencia de remate hacían lento y caro el procedimiento y adecuado, a los deudores de mala fe, para alargar la efectiva realización del crédito.

Esta insatisfacción generalizada, unida al empleo de un procedimiento más breve y adecuado implantado en las colonias por la L.H. de Ultramar de 1893 y su Reglamento, justificaron y provocaron la reforma de la situación procesal en la ya mencionada L.H. de 1909.

Las normas procesales fueron recogidas en la reforma de 30 de diciembre de 1944 y de aquí pasaron, con ligeros retoques, a la actual L.H. de 8 de febrero de 1946 y a su R.H. de 14 de febrero de 1947 (1).

Nos encontramos así, una vez más, con que la lentitud de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en ade-

(1) Una referencia más pormenorizada de los antecedentes históricos puede verse en GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Barcelona, 1951, págs. 15 y ss. y la bibliografía allí citada.

lante L.E.C.) son el detonante, o mejor la excusa, para que el legislador cree un procedimiento especial, no siempre necesario, por el que hacer efectiva la cuestión material que está regulando, lo que contribuye a la dispersión de la legislación procesal, así como a la deficiente regulación del trámite, que no se hace siempre con estrictos criterios procesales, y por ello a la necesidad de llenar las lagunas provocadas por esta insuficiente regulación del procedimiento (2).

La regulación legal aplicable al procedimiento judicial sumario son, pues, los arts. 129 y ss. L.H.; los arts. 225 y ss. del R.H. así como la L.E.C. y la reciente L.O.P.J. supletoriamente, en sus disposiciones generales y específicas de la ejecución, para todo aquello no regulado en la L. y R. hipotecarios.

El procedimiento regulado en los artículos que acabamos de mencionar limita el trámite a la fase de apremio, es decir, que de las dos posibles fases que la L.E.C. prevé en el proceso de ejecución por obligaciones dinerarias: la del embargo y la del apremio, la L.H. suprime la primera; es más, la fase de apremio queda también notablemente reducida, al limitarse a una pequeña fase de preparación que conduce directamente a la subasta de los bienes, es decir, se prescinde aquí, como luego veremos con más detalle, de la fase de avalúo, de la celebración de subastas simultáneas y de otros trámites que aparecen en la ejecución de inmuebles de la L.E.C.

(2) En este sentido GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 64, nos dice: «El procedimiento hipotecario ha suscitado numerosas críticas doctrinales, que ponen de relieve sobre todo el hecho cierto de su ineficacia y de que los fines que con él pretendió el legislador, han quedado, en su mayor parte, sin ser alcanzados... En general puede decirse que las nuevas soluciones adoptadas responden a un sistema más perfecto que el de la L.E.C., pero han incurrido en el defecto de no recoger todos los complementos necesarios para que tengan utilidad real, y así ha quedado a medias la sustitución de un régimen por otro. Ahora bien, lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma especial de ejecución, y reconociendo la superioridad del texto hipotecario sobre el de la L.E.C., lo que habría que hacerse es elevar los preceptos del primero a los supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre inmuebles en el que se recogen las soluciones mejores de aquél y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al dado de los restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de pocos artículos específicos que se juzguen indispensables». Esta sugerencia de GUASP, no ha sido oída por el legislador de la reforma de 1984. DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, Madrid, 1945, pág. 564, señala refiriéndose a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, como el legislador había manifestado entonces: «...que no estimó oportuna una transformación a fondo... porque, aparte de entenderlo bien construido, en un nuevo y próximo ordenamiento unitario de la ley fundamental objetiva, podrían estudiarse y resolverse los problemas procesales del ejecutivo hipotecario».

La fase de apremio de la L.E.C. fue modificada junto con otras materias por la L. de reforma urgente de 6 de agosto de 1984 (3), introduciéndose nuevas posibilidades de licitación por escrito, incrementándose la cuantía de la consignación, permitiendo una mayor economía en la publicidad de la subasta, etc..., todo ello con la finalidad de cortar los abusos que venían cometiéndose en las mismas por los denominados en la práctica «subasteros», así como de recortar los gastos procesales en beneficio de las partes.

Estas modificaciones, que debieron hacerse extensivas a la L.H. en la propia Ley de Reforma, lo mismo que se hizo con la materia de arrendamientos, se han llevado a cabo ahora, después de casi dos años, y a su estudio, como señalamos en la introducción, va dirigido este trabajo.

Al señalar las fuentes de este procedimiento hipotecario, manifestábamos la insuficiente regulación procesal contenida en la L.H. y la necesidad de aplicar subsidiariamente la L.E.C. fundamentalmente en la parte reguladora del proceso de ejecución, conviene que justifiquemos el porqué estas normas y no otras, lo que nos lleva a plantearnos el problema de su naturaleza jurídica.

El tema de la naturaleza jurídica ha sido objeto de viva polémica por hipotecaristas y procesalistas, recogiendo y manteniéndose opiniones tan variadas como éstas: 1.ª El procedimiento del art. 131 L.H. es un expediente de jurisdicción voluntaria (4), apoyándose esta afirmación en el hecho de carecer de una fase de oposición que eliminaba, según los detentadores de esta postura, la contienda entre las partes. No hay que esforzarse demasiado para demostrar que la contienda o contraposición de intereses entre el ejecutante y ejecutado existe en este procedimiento, pese a no estar regulada una fase normal de oposición, manifestada en el interés de cobrar del ejecutante y en el impago del ejecutado. Aun siendo así se le podría ade-

más objetar que la existencia de conflicto de intereses o controversia no es el determinante de la actividad jurisdiccional (5). Resulta evidente que este procedimiento no es un expediente de jurisdicción voluntaria, ya que la oposición, aunque reducida a los supuestos taxativos del art. 132 L.H. en forma de causas de suspensión, puede producirse sin que ello altere la naturaleza del procedimiento ni ocasione su transformación, como ocurre en los expedientes de jurisdicción voluntaria con base en el art. 1.817 L.E.C. (6).

2.ª En el procedimiento del art. 131 L.H. no hay ejercicio de acción, sino simplemente efectuación judicial de una relación jurídica (7), para lo cual se hace equivaler litigio a acción, si falta el litigio falta la acción. Pero si por acción hemos de entender, con los partidarios de la teoría abstracta, la puesta en marcha del órgano jurisdiccional, o en terminología de nuestro legislador constituyente, inclinado por la teoría concreta (8), la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, hemos de llegar a la conclusión de que la acción no falta en este procedimiento.

Dentro de esta línea, nos dice DE LA PLAZA (9), se mueve en cierta medida ROCA SASTRE, cuando manifiesta que «no es un juicio, sino un simple proceso de ejecución y concretamente es un procedimiento de realización del valor en cambio de la finca hipotecada. Se ha prescindido en él del período contencioso o de proceso de cognición, constituyendo un simple procedimiento de apremio» (10), a lo que replica PLAZA, «contraponer el término apremio al término juicio implica una posición ciertamente acomodada a la estructura de L.E.C., pero incompatible con la doctrina que, según las modernas orientaciones de la dogmática procesal, ve en el apremio precisamente la pura ejecución procesal, libre de cuantas adherencias pueden desnaturalizar su alcance y sentido (11). La postura de ROCA SASTRE nos lleva, en sus últimas consecuencias, a la consideración de este procedimiento como no jurisdiccional, hipótesis que, como hemos visto, no puede mantenerse.

(3) Hubiera sido de desear, como han manifestado unitariamente los comentaristas de la reforma, que los artículos dedicados a la ejecución se desajajaran del sumario ejecutivo y se hubieran llevado a la parte en que se regula la ejecución, con lo que la Ley hubiera ganado en sistemática. Ver en este sentido FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pág. 315; VÁZQUEZ SOTELO (y otros), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pág. 739; PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1985, T. II, págs. 90 y 647. Del mismo autor, *Correcciones al derecho de ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1964, págs. 497 y ss.

(4) En este mismo sentido puede consultarse GARCÍA FERNÁNDEZ, *Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1912, II, pág. 289.

(5) Ver en este punto MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, pág. 97.

(6) Ver en este sentido GUASP, *La ejecución...*, cit., págs. 49 y ss.

(7) LÓPEZ HARO, *Acciones de acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1932, pág. 172.

(8) Ver en este sentido ALMAGRO NOSETÉ, *Legitimación y amparo constitucional*, Revista Ibero. D. Proc., 1980, núm. 4, pág. 622; GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, págs. 132 y 133.

(9) DE LA PLAZA, *Derecho...*, cit., pág. 565.

(10) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, 7.ª edic., Barcelona, 1979, T. IV, 2, pág. 1.102.

(11) DE LA PLAZA, *Derecho...*, cit., pág. 565.

Podría también incluirse aquí la postura de SUREDA (12), quien dice: «La nueva Ley en el artículo 131 que nos ocupa suprime, acertadamente, el término de juicio para calificarlo simplemente de procedimiento».

3.ª El procedimiento del art. 131 L.H. es un proceso ejecutivo documental hipotecario, que se deriva históricamente del proceso monitorio (13), la crítica fundamental estriba en que de seguirse esta postura desembocaríamos en un procedimiento declarativo, con lo que nos alejaríamos de la verdadera naturaleza de este procedimiento (14).

4.ª El procedimiento del art. 131 L.H. es un proceso de ejecución singular, especial y sumario, línea en la que se mueve la inmensa mayoría de la doctrina procesalista (15).

Efectivamente, se trata de un verdadero proceso, y en él actúa un órgano jurisdiccional en calidad de tal, ejerciendo su función jurisdiccional de satisfacción de intereses jurídicos socialmente relevantes; la satisfacción se lleva a cabo no con una declaración de voluntad, sino con una manifestación de voluntad, es decir, con una conducta física que lo califica como proceso de ejecución, ya que su pretensión no es recogida y discutida por las partes, sino recogida y directamente actuada, falta pues el principio de contradicción y audiencia al sujeto pasivo, propio del proceso de cognición, limitándose las posibilidades de oposición a los cuatro motivos taxativamente enumerados en el art. 132 L.H. que son de difícil producción en la práctica.

Dentro del proceso de ejecución hay que encajarlo en la categoría de ejecución singular en cuanto que el patrimonio del deudor no

(12) SUREDA, *Derecho Procesal Hipotecario*, Barcelona, 1958, pág. 121.

(13) Ver en este sentido MENÉNDEZ PIDAL, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1935, pág. 130.

(14) Una completa crítica a esta postura puede verse en GUASP, *La ejecución...*, cit., págs. 53 y ss.

(15) Ver en este sentido DE LA PLAZA, *Derecho...*, cit., pág. 566, para quien es un proceso de ejecución cualificado; GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 56, «es un verdadero proceso de ejecución»; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1974, T. II, pág. 282, «es un procedimiento de ejecución especial para la realización de bienes hipotecados... Tiene la misma naturaleza que el procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles de la L.E.C.»; FERNÁNDEZ, *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pág. 37, «proceso especial de ejecución»; DE MIGUEL Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Barcelona, 1967, T. II, pág. 69, «es un verdadero juicio», estudiándolo dentro del proceso de ejecución especial; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, T. II, Barcelona, 1985, pág. 1.127, lo estudia dentro del proceso de ejecución; PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 796, lo considera como un procedimiento de ejecución especial.

está afectado en su totalidad, ni resulta insuficiente para cubrir las deudas contraídas frente a una pluralidad de acreedores, que son las notas típicas de la ejecución general (16).

Merece, además, el calificativo de proceso de ejecución especial, porque no está pensado para hipótesis generales o comunes, sino para supuestos especiales como es la efectividad del crédito garantizado con hipoteca sobre bienes inmuebles, de forma que no pueden ventilarse por este trámite pretensiones con un contenido diferente del enunciado; lo que no significa que algunas de sus normas se hayan generalizado en las ejecuciones reguladas en la L.E.C., como ocurre con el sistema de subrogación de cargas que luego veremos. Tampoco significa ello que el titular de un crédito hipotecario tenga, necesariamente, que acudir a este procedimiento para hacer efectiva la hipoteca, ya que, como iremos viendo, puede utilizar también el declarativo ordinario, el sumario ejecutivo por la vía del número 1 del art. 1.429 L.E.C. y una vía extrajudicial que puede pactarse en la escritura; no evidentemente de forma subsidiaria, sino que puede elegir cualquiera de ellas para ejercitar la pretensión señalada, ello se desprende del «podrá» contenido en el art. 129 L.H.

El carácter especial le viene dado no sólo en función del objeto, sino también con base a su tramitación, ya que los pasos a seguir en este caso, por el órgano jurisdiccional, son mucho más reducidos que en el proceso de ejecución singular regulado en la L.E.C.

Se trata, además, de un procedimiento sumario, pero no sólo entendido este concepto como sinónimo de brevedad, como parece aprehenderlo SUREDA (17), sino en cuanto a no producción de cosa juzgada material —aunque este concepto no pueda aplicarse literal-

(16) Ver en este sentido RAMOS MÉNDEZ, *Derecho...*, cit., T. II, págs. 986 y 987.

(17) SUREDA, *Derecho...*, cit., pág. 120, quien señala: «En aras de la brevedad en el procedimiento y de una economía que evitara mayores daños al deudor al verse judicialmente demandado, se estableció en la L. H. de 1909 el procedimiento sumario que ha venido a perder aquellos dos matices determinantes de los motivos de su implantación, porque en la actual Ley de 1946 se ha dilatado el curso procesal, permitiéndose una cuarta subasta... y aún se permiten nuevas o ulteriores subastas..., encareciéndolo hasta el extremo que nos hace entender que esta clase de expedientes han desnaturalizado su esencia, haciéndole perder su carácter sumarial»; en un sentido similar se manifiesta PLAZA, *Derecho...*, cit., pág. 566, al decir: «Es inexacta y además expuesta a confusión, la calificación de sumario con que se pretende establecer la última diferencia de este procedimiento, lo sumario, según veíamos al principio, supone siempre abreviación de trámites de un procedimiento ordinario de traza similar, no establecimiento de un procedimiento distinto, porque diversos son, en este aspecto, su naturaleza y su fin». Es evidente que la sumariedad es algo más que abreviación de trámites.

mente al proceso de ejecución—, en el sentido de poder discutir y oponerse más ampliamente a la pretensión en la vía del declarativo ordinario correspondiente por la cuantía, en la forma que permite el art. 132 L.H. al señalar: «Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley».

Para el legislador este proceso es un procedimiento jurisdiccional; el calificativo de judicial se emplea, creemos, no sólo para diferenciarlo del procedimiento extrajudicial y por ello no es un calificativo que sobre, sino que viene a señalar que la labor del órgano judicial en él es netamente jurisdiccional, configurándolo procesalmente, como se desprende de su articulado, como un proceso de ejecución abreviado. Esta es, asimismo, la postura mayoritaria en el ámbito jurisprudencial desde principios de siglo (sentencias de 9 de febrero de 1943 (131) o de 23 de noviembre de 1926 (117), aunque nos encontremos sentencias como la de 12 de noviembre de 1985 (5.584), que dice: «...que el art. 131 no regula un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra bienes hipotecados no procedida de fase alguna de cognición, es decir, no hay acción personal, ni previa discusión o contención...».

Puesto que el procedimiento del art. 131 L.H. pertenece a la esfera de los procesos de ejecución las lagunas procesales y procedimentales que la L.H. presenta han de resolverse desde los preceptos reguladores de la misma y no desde la perspectiva de los procesos declarativos. Y ello a pesar de la evidente y total carencia de sistemática que en este punto se observa en la L.E.C. al venir regulado el apremio como una sección del juicio sumario ejecutivo y no dentro de la parte dedicada a la ejecución. Las lagunas deberán, además, llenarse con los preceptos contenidos en el Libro I L.E.C. y en la L.O.P.J. de 1985, en cuanto le sean aplicables. Sabiendo ya las normas que tenemos que aplicar con carácter supletorio vamos a acometer el estudio del procedimiento judicial sumario desde una triple perspectiva: A) Sujetos intervinientes. B) Requisitos objetivos. C) Trámites que deban seguirse para la efectividad de la pretensión.

III. PROCEDIMIENTO:

A) Sujetos intervinientes.

Por lo que afecta a los sujetos intervinientes en el procedimiento que estamos analizando, hemos de referirnos, por un lado, al órgano jurisdiccional en sentido estricto, y por otro a las partes y posibles intervinientes en él, a los que la L.H. denomina interesados.

La referencia al *órgano jurisdiccional* viene recogida en la Regla (en adelante R.) 1.^a, 131 L.H., que resuelve los problemas de competencia objetiva y territorial.

Competencia objetivamente, según la citada regla, será el de Primera Instancia, queda así excluido cualquier otro tipo que no sea el señalado. La competencia objetiva se establece así «cualquiera que sea la cuantía de la obligación»; de los dos criterios seguidos por el legislador de la L.E.C. la cuantía y la materia se descarta expresamente el primero a lo que hay que añadir además que con referencia a este tipo de Juzgados la cuantía no determina actualmente la competencia objetiva de forma directa, sino indirectamente señalándonos el tipo de procedimiento y por él la clase de Juzgado.

Piensa GUASP (18) que la determinación de la competencia objetiva no se ha hecho atendiendo tampoco a criterios materiales, diciendo: «En el procedimiento hipotecario el criterio objetivo referido a la materia no encuentra aplicación, y ello es lógico, dado que todos los supuestos que encajan aquí tienen idéntica naturaleza y no cabría, por tanto, hacer una división interior de ellos fundada en este motivo».

Si pensamos, no obstante, que por este procedimiento sólo tienen cabida este tipo de pretensiones, reclamando la efectividad de la hipoteca, la materia y el procedimiento en sí mismos serían los determinantes de la competencia objetiva.

La competencia territorial se resuelve, asimismo, en la citada R. 1.^a, 131 L.H., al señalar prioritariamente el Juzgado, de la clase antes citada, al que las partes se hubieran sometido en la escritura de hipoteca.

Se sigue así el criterio general establecido en la L.E.C. con relación a la competencia territorial, siendo en primer lugar la voluntad de las partes la que tiene en cuenta el legislador, debido a que estas normas no tienen carácter de «ius cogens» como las de la competencia objetiva y funcional. Es, pues, la voluntad de las partes la que

(18) GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 77.

determina, o puede determinar, el Juzgado territorialmente competente, claro está que respetando los límites marcados en el art. 56 L.E.C.

De las dos formas de sumisión que la Ley recoge en el citado art. 56, el legislador hipotecario admite únicamente la expresa al exigir que la misma conste en la escritura de constitución de la hipoteca (R. 1.^a, 131 L.H.). No cabe, pues, la sumisión tácita, ya que carecería del requisito exigido en la mencionada regla; y al decir que no cabe se generaliza de prohibición, no es correcta la opinión de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (19), que señala que la sumisión tácita «sólo se admite respecto de la actuación del demandante y aun ello únicamente en defecto de poder aplicar las otras reglas complementarias que se recogen». Esto es lo que la R. 1.^a exige expresamente, además se nos hace difícil pensar el supuesto de no poderse determinar el lugar en que están situados los bienes inmuebles.

Si esta posibilidad está vedada para el ejecutante lo está, evidentemente, para el ejecutado, ya que el número 2 del art. 58 L.E.C. no tiene aquí aplicación por no estar recogida la declinatoria entre las posibilidades del art. 132 L.H.

La amplitud con que se recoge la sumisión en la L.H. ha sido criticada por procesalistas e hipotecaristas (20), alegando, por un lado, la posibilidad de intervención de distintas personas a la del deudor y acreedor hipotecario, así como la desigualdad en que se encuentra el deudor por el hecho de que en realidad el que determina el Juzgado competente territorialmente es el acreedor. Efectivamente así es, el deudor difícilmente entra a pactar con el acreedor un Juzgado concreto, es éste, por el contrario, el que le impone el que le resulta más conveniente, como una condición más, que puede incluso resultar perjudicial a los intereses del hipotecante.

Puede ocurrir, además, que el Juzgado sea distinto del que están situados los bienes e incluso diferente del domicilio fijado para los requerimientos, ya que éste lo determina el deudor, según el art. 130 L.H., lo que ocasiona, o puede ocasionar, por un lado, la depreciación de los bienes en la subasta y por otro el tener que llevar a cabo exhortos con el correspondiente encarecimiento del procedimiento.

Quizás por ello hubiera sido preferible establecer como Juzgado competente el del lugar de situación de los bienes como ya hiciera

la Ley de Ultramar, perdiéndose en este sentido la oportunidad ofrecida por la Ley del 86.

La existencia de sumisión expresa plantea el problema de si el Juez puede de oficio analizar su competencia territorial. Dado el carácter dispositivo de las normas que regulan la competencia territorial el legislador abandona, en la mayoría de los casos, su alegación en manos de las partes, poniendo a su disposición las denominadas cuestiones de competencia.

Con fase a los criterios señalados y a la aplicación del art. 74 L.E.C., habría que llegar a la conclusión de que el Juez no puede de oficio analizar este tipo de competencia, ya que la posibilidad concedida en el artículo citado se circunscribe a la competencia objetiva, no conteniendo tampoco la L.H. precepto alguno que autorice al Juez al mencionado análisis, como ocurre, por ejemplo, con el art. 1.440 L.E.C. en relación con el sumario ejecutivo.

Pero esta estricta aplicación del art. 74 L.E.C. al procedimiento del art. 131 L.H. puede resultar injusta y perjudicial para el sujeto pasivo, de aquí que deba ser matizada e incluso excepcionada en aras de los fines del proceso; y ello porque el ejecutado no tiene aquí posibilidad alguna de oponerse interponiendo declinatoria, ya que, como hemos visto, no se recoge en el art. 132 L.H. GUASP (21) pone de manifiesto el caso de que sin existir sumisión expresa el ejecutante interponga demanda de ejecución ante un órgano incompetente territorialmente, llegando a la conclusión de que el Juez debe examinar de oficio este tipo de competencia (22).

Entendemos, por tanto, que el Juez debe examinar, de oficio, tanto si es competente objetivamente como territorialmente; consideramos un error el seguir con la ejecución adelante y provocar la alegación correspondiente en el declarativo posterior, ocasionando una nulidad de actuaciones con el consiguiente perjuicio para la economía procesal.

El momento procesal para llevar a cabo tal análisis debe ser el señalado para admitir la demanda a trámite.

(21) GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 84.

(22) De la misma opinión son ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.115, que dicen: «Hay base para sostener que la propia competencia puede ser examinada de oficio», alegando el carácter general del art. 74 L.E.C. y la imposibilidad de oposición en este punto del ejecutado. «Esto aparte, dicen, de que en la Ley la actuación judicial de oficio adquiere relieve en virtud del sistema de impulso de oficio». Este último argumento carece de valor al no distinguir entre el impulso de oficio y la discrecionalidad del órgano y sus posibilidades de actuar de oficio.

(19) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1975, 2.^a ed., Vol. VI, pág. 714. En la 3.^a ed., Vol. VI, pág. 733, suprime una frase, recogiendo una resolución de 31 de diciembre de 1981 en favor de la admisión de la sumisión tácita.

(20) Ver en este sentido ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., págs. 1.108 y 1.115, y GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 84.

A falta de sumisión expresa de las partes (23), es decir, del acreedor hipotecario y del hipotecante, sujetos que suscriben la escritura de hipoteca, y que es poco frecuente en la práctica, entran en juego los fueros generales del art. 62 L.E.C. al no serle de aplicación ninguno de los fueros especiales del art. 63 del mismo cuerpo legal; las exigencias del art. 62 L.E.C. han sido seguidas en la R. 1.ª, 131 L.H., al señalar la competencia para este caso en favor del Juzgado en que radique la finca, es decir, donde esté ubicada, previniendo, para el caso de que se extienda a más de uno, la posibilidad de elección del ejecutante entre cualquiera de ellos, regla que se sigue también cuando fueran varios los inmuebles y estén situados en partidos diferentes.

La competencia territorial así determinada no va a ser modificada, ya que la Ley no permite la acumulación de autos, ni entre procedimientos judiciales sumarios, ni de éstos a los ejecutivos ni a los juicios universales, para expresa disposición del art. 135 L.H.

La referencia a las *partes procesales* nos lleva a analizar la capacidad y legitimación. La capacidad, tanto la necesaria para ser parte como la procesal, se rigen por las reglas generales, de tal manera que el que carezca de la segunda debe acudir al proceso debidamente representado, lo mismo que las personas jurídicas que han de valerse de sus representantes necesarios.

Por lo que se refiere a la legitimación (23 bis) es un punto que la doctrina viene considerando como uno de los más confusos de este procedimiento y anticipemos que la confusión quizás provenga de no haber distinguido perfectamente el hecho del crédito y el de la garantía hipotecaria, cuya efectividad se solicita en este procedimiento.

Empecemos por decir que legitimación, según doctrina procesal unitaria, es la relación entre el sujeto y el objeto del proceso; relación que en el procedimiento declarativo, por no constituir un presupuesto procesal, no se examina «ad limine», sino en la sentencia, por ser requisito que afecta a la eficacia de la pretensión. No ocurre así en el proceso de ejecución donde ésta ha de dirigirse contra los legitimados pasivamente para que el órgano jurisdiccional pueda proceder.

(23) La referencia de la Ley a las partes es aquí a las partes materiales que han suscrito la escritura de hipoteca, y que pueden no coincidir con las partes procesales posteriores en el supuesto de transmisión «inter vivos» o «mortis causa».

(23 bis) Refiriéndose a la legitimación, dice ALMAGRO NOSETI, *Legitimación...*, cit., pág. 616: «El tema de la legitimación es siempre apasionante, pues, tras él, subyace la verdadera protección de los derechos e intereses jurídicos y, más al fondo, la filosofía política y jurídica de un ordenamiento».

Hemos de señalar también que el objeto del proceso es la pretensión procesal, en este caso la pretensión ejercitada en la demanda de que habla el art. 131 L.H., consistente en la petición de realización forzosa, es decir, de conversión en dinero de los bienes inmuebles hipotecados.

Conviene también apuntar, siguiendo el criterio doctrinal dominante, que parte procesal es la persona que pide o en cuyo nombre se pide y la persona contra la que se pide la actuación de la Ley. Partiendo de estos conceptos elementalmente expuestos y de que en el proceso de ejecución la parte procesal debe coincidir con la parte legitimada activa y pasivamente (24) afrontemos el problema de quién está legitimado en este procedimiento.

Si hemos dicho que la legitimación se establece con base al objeto del proceso y que éste es la pretensión procesal, es necesario que comencemos por ver los caracteres que presenta en el procedimiento que estamos analizando.

Antes de surgir el hecho del impago que origina el nacimiento de la pretensión es preciso que distingamos entre dos relaciones que han nacido ya, una la relación crediticia entre el acreedor y deudor, y otra la relación surgida de la constitución de la hipoteca sobre inmuebles, en garantía del cumplimiento de la relación crediticia entre el acreedor y el hipotecante.

Es evidente que estas relaciones originan pretensiones de distinta naturaleza, consideradas separadamente, la primera daría lugar, en caso de incumplimiento, a una reclamación de la cantidad adeudada mediante el ejercicio de una pretensión personal; la segunda, al perseguir directamente los bienes hipotecados en garantía, daría lugar a una pretensión de carácter real.

¿Cuál de estas dos pretensiones se ejercita en el procedimiento del 131 L.H.? Parece claro, con sólo leer el art. 129 L.H., que la segunda: «la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados»; salvando imprecisiones terminológicas, del empleo del concepto de acción en lugar de pretensión, y de la referencia a los bienes hipotecados como si éstos fueran el sujeto pasivo y no su propietario, la contestación que hemos dado creemos que es la correcta: *la pretensión que se ejercita en este procedimiento es de carácter real.*

Hecha esta aclaración, estamos en condiciones de afrontar el problema con una mayor garantía de veracidad.

Legitimado activamente está el acreedor que tiene constituida a su favor garantía hipotecaria, es decir, el acreedor hipotecario, y por

(24) Ver en este sentido FERNÁNDEZ, *El proceso...*, cit., págs. 86 y ss.

ello éste será el que, ante el impago de la relación crediticia, ponga en marcha el procedimiento hipotecario con el ejercicio de la correspondiente acción y pretensión en el escrito de demanda.

Legitimado pasivamente y parte principal será el propietario de los bienes hipotecados, cuya conversión en dinero persigue el acreedor y por ello éste será contra quien el ejecutante debe dirigir su demanda.

Generalmente el deudor y el hipotecante son una misma persona y por ello no plantea en principio problemas el dirigente contra el deudor sin matización de ningún tipo. No obstante, no estaría demás distinguir una figura de otra, ya que si bien la demanda se dirige contra él en calidad de hipotecante legitimado pasivamente, el requerimiento de que habla el art. 131 L.H. se le hace en calidad de deudor y por ello no en calidad de parte, a fin de que quede acreditado en autos el impago de la deuda y proceder directamente contra los bienes.

Procesalmente seguirá siendo la misma parte procesal, aunque cambie la persona, el heredero del deudor fallecido, cuando hubiera aceptado la herencia, ya que se convierte en su sucesor, tanto del crédito como de la relación hipotecaria, lo mismo que en supuesto de transmisión «inter vivos» de ambas relaciones.

El problema puede complicarse cuando el deudor es una persona distinta del titular de los bienes hipotecados, bien por haber adquirido el bien hipotecado, no la relación crediticia, con posterioridad y por tanto gravado con esa carga, supuesto del llamado por la L.H. tercer poseedor; bien porque persona diferente del deudor hipoteque sus bienes en garantía de crédito ajeno, estamos entonces ante el denominado fiador real.

¿En estos casos contra quién habría que dirigir la demanda? ¿Contra el deudor? ¿Contra el tercer poseedor o fiador real? ¿Contra ambos? Si queremos ser consecuentes con las bases antes sentadas, hemos de señalar que *la demanda hay que dirigirla contra el propietario de los bienes hipotecados* y por ello contra el fiador real, o contra el tercer poseedor, en su caso, y nunca contra el deudor no propietario. En este sentido el art. 38 L.H., en su párrafo 4 señala: «Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los arts. 134 y concordantes de esta Ley». Es decir, sustituyendo el tercer poseedor al primitivo ejecutado en la forma que luego veremos.

¿Qué es lo que ha inducido a error aparte de la doctrina y jurisprudencia? Pues creemos que una confusión entre las dos relaciones antes señaladas personal y real, así como una notable imprecisión por parte del legislador que no distingue entre la posición del deu-

dor y del fiador real o tercer poseedor, o, mejor dicho, que utiliza indiscriminadamente el término deudor; que nos habla de notificarle el procedimiento al tercer poseedor «por si le conviene intervenir en la subasta o pagar» en lugar de aclarar su condición de parte principal sustituyendo al deudor, como luego con mejor criterio señala el art. 134 L.H.

Quizás éstas y otras imprecisiones legales (25) así como la interpretación jurisprudencial que de ellas se hizo, fueron la causa de que LÓPEZ HARO (26) se manifestara en contra de la calidad de parte del tercer poseedor, o que nos encontremos con sentencias como la de 12 de noviembre de 1985 (5.584), que dice: «ni el deudor, ni el tercer poseedor o los demás interesados sean verdaderas partes procesales...».

Sentado, pues, que la demanda debe dirigirse contra el propietario de los bienes en esa calidad y no en la de deudor, aunque ambas concurren, veamos hasta dónde llega la carga del ejecutante en la investigación del sujeto pasivo.

El ejecutante debe dirigir la demanda contra quien en el momento de formularla aparezca como titular registral de los bienes hipotecados, entrando así en juego la presunción del art. 38,1 de la L.H. No nos parece correcta la postura que hemos observado en la práctica de dirigir la demanda contra el deudor hipotecante alegando luego que, según tenían entendido, la finca había sido adquirida por un tercero.

Si el inmueble ha pasado antes de iniciarse el procedimiento a un tercer poseedor puede que éste haya inscrito su propiedad en el Registro o no, si lo ha hecho, el ejecutante creemos que debe conocerlo, es decir, entra en juego la publicidad registral, y por ello deberá dirigir su demanda contra este tercer poseedor, sin esperar a que éste salga a la luz como consecuencia de la certificación de la R. 4.^a, 131 L.H.

Si no ha inscrito su derecho, pero ha notificado fehacientemente al acreedor hipotecario el hecho, contra este tercer poseedor, deberá dirigirse la demanda, para evitar luego sustituciones y ello porque antes ha debido requerirlo de pago según ordena el párrafo 3, R. 3.^a,

(25) Que pensamos que no son tantas, ya que la Ley habla constantemente del propietario de los bienes; por otra parte, el requerir de pago al deudor no significa que ello lo convierta en parte, sino que se debe a la necesidad de que conste en autos el impago; no creemos que sea difícil pensar que cuando la Ley habla de deudor lo hace pensando en la hipótesis general del deudor hipotecante.

(26) LÓPEZ HARO, *El tercer poseedor de la finca hipotecada*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1931, IV, pág. 353.

131 L.H. Si no lo ha inscrito ni notificado, dirigirá su demanda contra el que aparezca como titular registral, sin perjuicio de que luego el tercer poseedor pudiera personarse en la forma que señala el artículo 134 L.H., produciéndose una sucesión procesal.

La transmisión de la propiedad puede hacerse una vez iniciado el procedimiento pero antes de la nota marginal de que habla la R. 4.^a. En este caso el acreedor ejecutante ya dirigió su demanda correctamente contra el titular registral; si aparece, ahora, de la certificación del Registro, un nuevo propietario, se procederá en la forma señalada en la R. 5.^a, notificándole el procedimiento y pasando a ocupar el lugar del primitivo ejecutado, que creemos debe salir del procedimiento y pasando a ocupar el lugar del primitivo ejecutado, que creemos debe salir del procedimiento.

Notificado en forma puede, si quiere, personarse, trámite que deberá cumplir si desea alegar alguna de las causas de suspensión del art. 132 L.H.; puede no personarse, si sólo desea intervenir en la subasta, pero ello no afectará a su calidad de parte, que no depende de la personación, ya que el procedimiento debe considerarse dirigido contra él y en esa calidad de parte intervendrá en la subasta.

Si la transmisión se hace después de la nota marginal, la misma nota sirve de notificación facultándole para personarse e intervenir en el procedimiento.

Todo lo que hemos dicho respecto de la transmisión es aplicable al supuesto de que el transmitente sea el fiador real.

Resumiendo diremos que la demanda debe dirigirse contra el propietario de los bienes; si éste es el deudor hipotecante es más simple, si es el fiador real no hay tampoco problemas, si es un tercer poseedor habrá de procederse en la forma señalada, pero nunca contra el deudor no propietario, al que se le requiere de pago de su calidad de deudor pero que no podría personarse en el procedimiento por no tener la calidad de parte, cuando la Ley habla de deudor en esta calidad se esté refiriendo, creemos, al deudor hipotecante (26 bis).

(26 bis) En materia de legitimación las opiniones doctrinales oscilan entre los que consideran al tercer poseedor, y por extensión al fiador real, como un acreedor de crédito incierto e indeterminado y por ello sin calidad de parte, como LÓPEZ HARO, *El tercer...*, cit., pág. 259; a los que consideran que son parte, como GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 90, pero después de señalar: «Tomando al pie de la letra la expresión del art. 129..., pudiera deducirse que el sujeto pasivo de la obligación garantizada no interesa aquí, sino en cuanto es al mismo tiempo dueño y poseedor de los bienes hipotecados y que es este dueño o poseedor el primer legitimado pasivamente en la estructura procesal de la L. H. Pero un atento examen de los preceptos que ésta contiene demuestra que ello no es así y que con el término deudor indica la Ley al obligado personalmente al pago» (pág. 89). No estamos de acuerdo con esta interpretación

Sólo en un supuesto el deudor se queda en el procedimiento, pero en calidad tal, sino por conservar su calidad de propietario, éste es el recogido en el párrafo 2, 134 L.H., compartiendo su calidad de parte con el tercer poseedor conformando un litisconsorcio pasivo, este párrafo dice así: «Se considerará también como tercer poseedor el que hubiera adquirido solamente el usufructo o el dominio útil de la finca hipotecada, o bien la propiedad o el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo; pero en tales casos se entenderán con ambos las diligencias del juicio».

Pese a lo que hemos señalado observamos que, en la práctica, el ejecutante se limita a dirigir el procedimiento contra el suscriptor de la hipoteca sin molestarse en investigar más allá de la escritura de constitución de la misma que obra en su poder; produciéndose así dilaciones innecesarias como consecuencia de los requerimientos y notificaciones que después deben practicarse, y ello a pesar de que la Ley le exige la presentación de los comprobantes de la «personalidad» entendida aquí referida tanto a la capacidad procesal, es decir a la justificación de la representación legal, como al caso de la representación necesaria o voluntaria; así como a la legitimación activa y pasiva, lo que le supondría tener que justificar la legitimación del ejecutado.

Una vez analizado quién está legitimado activa y pasivamente y quién por ello puede pedir la ejecución y ser «ejecutado», hemos de hacer referencia a otras personas que pueden intervenir en el procedimiento y que son los denominados *interesados* (27). ¿Quiénes tienen la consideración de interesados y en qué calidad pueden intervenir en el procedimiento?

por las razones expuestas en el texto. Como parte los considera también DE MIGUE, *Derecho...*, cit., T. II, pág. 96; FERNÁNDEZ, *El proceso...*, cit., como se deduce de lo señalado en las págs. 217 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., pág. 285, que dice: «Aunque al tercer poseedor no se le requiera de pago a diferencia del deudor, tiene la calidad de parte en el procedimiento». DE LA PLAZA, *Derecho...*, cit., págs. 569 y ss., a pesar de que en la pág. 572 diga: «Lo mismo el deudor que el tercer poseedor, a quien se llama conjuntamente, tienen la calidad de parte»; ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUMILL, *Derecho...*, cit., págs. 1.104 y 1.117, dicen: «...y la pasiva al deudor hipotecario o al tercer poseedor», la disyuntiva es clara; PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 798 señala: «El tercero que lo sea por haber adquirido la finca e inscrito el derecho antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, puede pretender que se le exhiban los autos... y en adelante pasa a ocupar la postura que le corresponde como tercero».

(27) Hay que matizar que el empleo del concepto de interesados en el artículo 103 L.H., no se hace en esta calidad procesal, refiriéndose el legislador en este artículo a las partes intervinientes en la escritura de hipoteca.

Siguiendo a RAMOS MÉNDEZ, los terceros pueden encontrarse respecto de un proceso pendiente en cinco situaciones diferentes (28), que van desde la total indiferencia a la cotitularidad del derecho discutido; salvo la primera situación, el resto de los terceros tienen un interés mayor o menor en el proceso en curso. «Su situación en estos casos, nos dice el citado autor, exige la posibilidad de defensa de sus intereses tomando parte en el proceso pendiente, esto es, interviniendo. Y lo importante del caso es que en el plano procesal, a esa persona, una vez que ha intervenido, ya no cabe considerarla tercero, sino sólo parte, una parte más».

Consideración de terceros interesados tienen en este proceso todos aquellos titulares de derechos registrales que se van a ver afectados en alguna medida por la resolución jurisdiccional, en este sentido el art. 131, 17 L.H., señala que en auto aprobando el remate se ordenará la cancelación de la hipoteca garante del crédito y «en su caso la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquella, incluso las que hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta». Es evidente que los titulares de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca se van a ver afectados por la resolución y van a tener la consideración de interesados, pudiendo por ello intervenir en el procedimiento.

Respecto de los interesados la Ley adopta en materia de notificación del procedimiento dos posturas diferentes, estableciendo la línea divisoria en la inscripción de la nota marginal a la que se refiere la R. 4.ª, 131 L.H.; y por ello a los titulares de alguna carga o derecho real, constituido con posterioridad a la inscripción de la hipoteca pero antes de la mencionada nota marginal, se les notificará el procedimiento en la forma que previene la R. 5.ª, párrafo 2, 121 L.H., y para los efectos indicados en el párrafo anterior, es decir a los mis-

(28) RAMOS MÉNDEZ, *Derecho...*, cit., T. II, págs. 302 y 303, dice al respecto: «1.ª Ser completamente ajeno o independiente de lo que se discute en dicho proceso y, por lo tanto, estar absolutamente despreocupados de la suerte o resultado del mismo. Para estas personas el proceso es efectivamente "inter alios acta". 2.ª Tener un interés de mero hecho en el resultado del proceso pendiente, por las repercusiones ... la sentencia dictada en dicho proceso puede suponer para el tercero. 3.ª Tener una pretensión absolutamente incompatible con la que se discute en el proceso pendiente, pero de alguna manera conexa con ella, por lo que una resolución conjunta de ellas puede, asimismo, resultar económica. 4.ª Ser cotitular en mayor o menor medida del derecho deducido en el proceso, de manera que, aunque permanezca al margen del proceso, la sentencia desplegara contra este tercero su eficacia directa. 5.ª Ser titular de alguna relación jurídica o situación conexa y dependiente de la que se discute en el proceso, que normalmente además resultará perjudicial, de tal manera que la sentencia afectara al tercero de una manera refleja».

mos efectos, y para ello con las mismas posibilidades que el tercer poseedor. Esta forma de notificación y efectos la extiende el art. 225 del R.H., de la manera siguiente: «La notificación prevenida en la Regla 5.ª del art. 131 de la Ley deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma exprese, sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren propuesto unas u otros a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito, y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad».

Por el contrario, la notificación no será necesaria con respecto a los titulares que los hayan inscrito o anotado con posterioridad a la extensión de la nota marginal y ello con base a la publicidad registral, pues la persona que va a inscribir su derecho conoce, por la nota mencionada, la existencia del procedimiento y por ello puede actuar en consecuencia.

¿Qué pueden hacer esos interesados? Pues desde permanecer al margen del procedimiento, hasta intervenir en él personándose en forma, pasando por la mera participación en la subasta, para lo cual no tienen que personarse en el procedimiento.

A diferencia de las partes anteriores, es decir, del ejecutante y ejecutado, cuya calidad de tal no dependía de la personación, el tercero interesado para tener la condición de parte ha de personarse debidamente en los autos, y esto es lo que deberá hacer si quiere hacer uso de alguna de las facultades que el art. 132 L.H. también le concede a él, según se desprende de su párrafo 1, «...ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otros que se presenten como interesados...».

Si se personan a estos efectos, tendrán procesalmente la calidad de intervinientes adhesivos (29) y por ello de parte para todos los efectos y no de meros coadyuvantes (30).

(29) La intervención adhesiva simple la define MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1972, pág. 174, como: «la ingerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otras personas, con el fin de evitar el perjuicio jurídico, que pueda ocasionarle, como consecuencia de los efectos reflejos de la cosa juzgada, la derrota procesal de una de las partes». En sentido similar, SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención de terceros en el proceso*, «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1969, págs. 243 ss.

(30) En contra, GÓMEZ ORBANEJA-HERCIB QUBMADA, *Derecho...*, cit., T. I, pág. 166, quien lo considera como mero coadyuvante.

Si deciden pagar o intervenir en la subasta no necesitan, como hemos dicho, personarse en autos; pero si pagan quedarán subrogados en los derechos del actor ejecutante, con lo que el procedimiento seguirá adelante, a diferencia de si paga el tercer poseedor que se extingue, y tendrían entonces la calidad de parte.

B) Requisitos objetivos.

Ya señalábamos antes que el objeto de éste, y de cualquier proceso, es la *pretensión procesal*, y que ésta venía materializada en la petición de conversión en dinero de los bienes hipotecados a través de pública subasta, a fin de que con el dinero obtenido pudiera hacerse efectivo el crédito garantizado, a lo que hay que unir el resto de las peticiones que se hacen en el suplico de la demanda y que analizaremos más adelante. Estamos, pues, ante una pretensión de ejecución de naturaleza real, materializada, como hemos dicho, en el suplico de la demanda.

Es por ello que la actividad de ejecución del órgano jurisdiccional va a recaer sobre los bienes inmuebles sujetos a la hipoteca y por ello el cauce del procedimiento va a reservarse únicamente para pretensiones de este tipo, rechazándose «ad limine» cualquier otra petición que no venga amparada en una hipoteca sobre bienes inmuebles inscrita en el Registro. Entienden ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (31), que no cabe emplear este procedimiento en las hipotecas de seguridad, amparando su afirmación en las resoluciones de 21 de marzo de 1917 y 3 de marzo de 1952.

La L.H. insiste en ello en el art. 129 al señalar: «La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el art. 131 de esta Ley...», salvando las imprecisiones terminológicas antes señaladas insistimos en que el objeto sobre el que va a actuar el Juez son los bienes hipotecados.

Ello ha llevado a la doctrina a cuestionarse si además de los bienes hipotecados podrían sujetarse a este procedimiento otros bienes, ante la indecisión que ven la Ley en este punto (32), concluyendo que desde la mecánica del procedimiento hay que considerarlos excluidos, ya que lo contrario obligaría a intercalar una serie de trá-

(31) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.110.

(32) A nosotros nos parece que la indecisión no es tal, ya que el art. 129 L.H. no habla, genéricamente, de bienes, sino expresamente de bienes hipotecados.

mites que le son extraños a este procedimiento, tales como el embargo y el avalúo de dichos bienes.

Además del presupuesto de la pretensión, indispensable para que la ejecución se abra, ya que esta actividad es rogada y por tanto no puede procederse de oficio, el ejecutante ha de poseer *un título de ejecución*, que en este caso no es una declaración de voluntad judicial previa, sino un título extrajudicial, de carácter contractual, consistente en la escritura pública de constitución de la hipoteca; este documento, para que, con base a él, pueda el Juez despachar la ejecución, habrá de contener, por expresa exigencia del párrafo 2, R. 3.^o, 131 L.H., los requisitos que la L.E.C. exige en este sentido, procediéndose así a una remisión a los arts. 1.429,1 y 1.435 del cuerpo legal citado (33).

Con base en ellos la escritura de constitución de hipoteca debe ser «primera copia, o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante» (núm. 1, 1.429 L.E.C.).

En este punto de Ley de 14 de mayo de 1986, que comentamos, ha introducido un nuevo párrafo al número 2, R. 3.^o, 113 L.H., destinado a la ejecución de hipotecas constituidas a favor de «Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias a que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos o préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios», en este caso bastará la presentación de una certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, complementada, *con cualquier copia autorizada* de la escritura de hipoteca. Se han invertido los términos del número 2 de la R. 3.^o, además de no exigirse el requisito del número 1 del art. 1.429 L.E.C.

El título de ejecución debe contener una cantidad líquida, vencida y no sujeta a condición alguna, es decir, exigible, ordenando además el art. 1.435 L.E.C. que supere las cincuenta mil pesetas. Ve-

(33) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, se manifiesta contrario al cumplimiento de estos requisitos señalando, creemos que con buen criterio, ya que el procedimiento tiende a hacer efectiva la hipoteca y no directamente a la reclamación del crédito, que: «Aquí debería prescindirse de hablar de títulos de crédito revestidos de los requisitos que la Ley procesal exige para despachar la ejecución, lo cual tiene un sabor de juicio ejecutivo impropio del proceso de ejecución, en ejercicio de acción hipotecaria. Debería bastar que se acreditara la existencia registral de la hipoteca que acude a la ejecución mediante justificación con la oportuna certificación del registro de la propiedad. Esto puede conectarse con el añadido del segundo párrafo al número 2 R. 3.^o 131 L.H., al que antes aludimos, y que exige la certificación del Registro, aunque en este sentido la reforma es tímida, pues señala que la certificación se completará con cualquier copia autorizada de la escritura.»

mos en qué medida estos requisitos han de cumplirse en el art. 131 L.H.

La liquidez de la cantidad garantizada con la hipoteca ha de cumplirse, no sólo por exigirlo el art. 1.435 L.E.C., sino también porque así lo ordenan los arts 9,2 y 12 de la L.H., ordenando este último expresar el importe de la obligación asegurada y de los intereses, si se hubieran estipulado.

En este sentido la D.G.R. en resolución de 29 de octubre de 1984 (5.200) señala que «no pueden englobarse en una misma cantidad el principal y la responsabilidad para costas, gastos e intereses contra el principio de la especialidad».

El carácter líquido tiene una excepción para el caso de hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito cuyo importe, dadas sus características, no puede figurar en la escritura.

Además de líquida la deuda garantizada ha de estar vencida y por supuesto incumplida, el vencimiento viene exigido en la L.H. al expresar como contenido necesario de la demanda los hechos y razones jurídicas determinantes de la exigibilidad del crédito (R. 2.ª, I, 131 L.H.).

El límite cuantitativo señalado en la L.E.C. no rige en este procedimiento, ya que el art. 129 L.H. no contiene límite cuantitativo alguno y por su parte el 131, R. 1.ª L.H. manifiesta expresamente «cualquiera que sea la cuantía de la obligación», que no influye para nada en el ámbito de aplicación de este procedimiento.

Además de estos requisitos generales del título, la L.H. exige expresamente que para utilizar la vía del art. 131 es necesario que «en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo a la subasta, y un domicilio, que fijará el deudor para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones» (art. 130, 1, L.H.).

Por lo que se refiere a la fijación del precio, su exacta determinación es fundamental en cuanto, como dice la Ley, va a servir de tipo a la posible subasta. Esta labor la van a llevar a cabo los interesados en la constitución de la hipoteca; el empleo del término interesados no es el adecuado, aunque de la lectura del texto puede derivarse perfectamente que el legislador se está refiriendo a las partes que suscriben la escritura de hipoteca, es decir, al acreedor y al hipotecante, ya sea éste el deudor ya un fiador real; y ello a diferencia de lo que ocurre en la ejecución ordinaria donde el avalúo de los bienes lo llevan a cabo los peritos.

El valor que estas partes materiales dan al bien inmueble no tiene por qué ser el valor real del mismo, sino, como la Ley dice, el valor en que ellos tasan la finca y que, no se hace siempre con el rigor que debería exigírsele, ya que generalmente los contratantes,

sobre todo el deudor, ven el hecho de la subasta como algo improbable y esta negligencia deviene luego en perjuicios difícilmente reparables para ambas partes.

En la operación de valoración de la finca se debe tener en cuenta el sistema de subsistencia de cargas recogido en la R. 8.ª, 131 L.H., y que el precio que va a pagar el futuro rematante, no es sólo aquél por el que se le adjudique el bien, sino además el valor de las cargas anteriores en las que queda subrogado, por ello aconseja la doctrina (34) que el valor debe ser el resultante de deducir al valor del inmueble el de las cargas subsistentes.

La determinación del precio en la escritura evita la operación de avalúo por los peritos, con lo que el legislador hipotecario ha conseguido una mayor rapidez y economía para este tipo de ejecución. Claro está que tiene también sus desventajas, como es el hecho de que, si el incumplimiento se produce a largo plazo, el inmueble se ha revalorizado considerablemente, que unido a la depreciación del dinero, irá en perjuicio de ambas partes.

¿Podría superarse de alguna manera este desfase económico permitiendo modificar posteriormente la valoración del inmueble? ROCA SASTRE (35) opina que no habría problemas, ya que no entra en la prohibición del art. 129 L.H., aconsejando que la Ley debería autorizar y regular esta situación. A pesar de que este criterio es lógico y racional la práctica diaria de nuestros tribunales no lo admite, amparándose en que no hay base legal que autorice tal puesta al día.

No es razonable este estrecho criterio jurisprudencial, pues si efectivamente no hay base legal que lo autorice expresamente tampoco la hay en contrario; el criterio debería flexibilizarse en este punto, ya que tanto la L.E.C. en su reforma de 1984 como la actual Ley de 1986 que estudiamos, han perdido la oportunidad de recoger esta exigencia sentida socialmente.

El problema de la posible actualización del precio tiene mejor solución en el procedimiento del art. 131 L.H., ya que aquí son las partes las que, de mutuo acuerdo, se supone, lo fijan en el contrato y ellas pueden, por tanto, nuevamente de acuerdo, poderlo variar, es decir, enfocando el problema como una estipulación contractual y no como un acto procesal cual sería en la ejecución ordinaria.

(34) En este sentido se muestran, entre otros, ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.112, aunque éste señala que el no hacerlo tiene ciertas ventajas en el supuesto de que al llegar la ejecución ya esté cancelada la hipoteca anterior, para lo cual propone que las partes fijen varios precios que registrarán según se produzca o no el evento. Ver también GUASP, *La aplicación...*, cit., págs. 125 y ss., donde recoge diversos ejemplos para demostrar que éste es el sistema más adecuado.

(35) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.112.

Se plantea GUASP (36) el supuesto de la falta de determinación del precio, supuesto entendemos infrecuente, y la posibilidad de subsanación del defecto, inclinándose por una respuesta positiva, aplicando los criterios de la Ley de 1909, aunque reconoce que de ello pueden derivarse algunos peligros para los titulares de los derechos inscritos con posterioridad.

Compartimos esta opinión doctrinal a pesar de que en este punto el art. 130 L.H. es tajante al exigir la determinación del precio en la escritura como requisito para poder utilizar la vía de este procedimiento. La prohibición contenida en el mencionado artículo creemos que se refiere a que el procedimiento no podrá abrirse sin su determinación, ya que ello implicaría un trámite procesal de avalúo del que carece este procedimiento, lo que creemos que no prohíbe es el que las partes puedan complementar la escritura de constitución con otra posterior en la que lo fijen. Mantener una postura negativa sería llevar demasiado lejos el art. 130 L.H. e interpretarlo estrictamente, lo que lo alejaría de su verdadera finalidad que es la de evitar, en este punto, el trámite de avalúo.

La determinación del precio dice CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (37) ha de constar no sólo en la escritura, sino en la inscripción de la hipoteca para que pueda utilizarse este procedimiento, ya que sólo mediante su constancia registral resultará que el convenio reúne los requisitos necesarios para su validez, aparte de exigirlo expresamente el párrafo 2, 130 L.H.

Además del precio debe fijarse en la escritura un domicilio para que en él puedan efectuarse los requerimientos y notificaciones oportunas, el domicilio lo fija el «deudor», preguntándose ROCA SASTRE (38) en este punto: «¿por qué cuando se trata de hipotecante no deudor, no se impone a éste y no al deudor, la fijación? La pregunta puede contestarse fácilmente si mantenemos lo señalado en materia de legitimación, es decir, que cuando la Ley habla de deudor hay que entender la referencia a deudor hipotecante.

El domicilio, tal y como la entiende el legislador, no tiene por qué ser el domicilio real del que suscribe la hipoteca, ni tampoco el domicilio legal, por ello más que un domicilio en sentido estricto se trata de determinar un lugar donde desea que se le hagan los requere-

(36) GUASP, *La ejecución...*, cit., págs. 109 y 110. De la misma opinión son ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.114, quienes emplean el mismo argumento de GUASP, señalando como conveniente lograr el asentimiento de los posteriores titulares de los derechos reales, si los hubiera.

(37) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios...*, cit., pág. 732.

(38) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.112.

rimientos y notificaciones y que pueda ser perfectamente el de su Procurador.

La determinación del domicilio va a facilitar la actividad jurisdiccional a pesar de considerarse, como dice la resolución de la D.G.R. de 21 de julio de 1939 (432) como una ficción, estimando presente a efectos procesales a quien no lo está, dada la amplitud con que en este punto se manifiesta el último párrafo de la R. 3.ª, 131 L.H.; quizás esta ficción sea excesiva y a pesar de que la parte tiene abierta la vía del declarativo ordinario y que por ello la jurisprudencia piensa que no hay indefensión, no podemos olvidar que la falta de requerimiento es un vicio que provoca la nulidad del procedimiento.

Para evitar la práctica de exhortos, que encarecen el procedimiento, sería de desear, a ser posible, la coincidencia de domicilio con el del Juzgado al que las partes se hayan sometido.

Como en el caso del precio, y por imperativo del párrafo 2, 130 L.H., el Registrador hará constar el domicilio fijado en la escritura de hipoteca y a éste hay que atenerse a todos los efectos (39). También se plantea aquí el supuesto de que el domicilio no se hubiere fijado y su posible subsanación antes de comenzar el procedimiento, llegándose también a una respuesta positiva sobre la base de una escritura complementaria posterior (40).

Puesto que el domicilio se determina a voluntad del hipotecante, la Ley le permite, dentro de unos determinados límites, la posibilidad de modificarlo, en este punto se combinan los límites objetivos con los subjetivos en la forma poco clara que determina el art. 130 L.H. y que ha tenido que ser clarificada, en cuanto a los segundos, por el art. 226 R.H. y en cuanto a los primeros por obra, entre otros, de GUASP (41).

Puede el hipotecante variar a su voluntad y por ello libremente el domicilio fijado, siempre que lo haga dentro de la misma población que aparezca designada en la escritura; lo mismo se podrá hacer cuando el cambio se produzca hacia otra población enclavada dentro del «término» en que radique la finca y que sirve para determinar

(39) La resolución de 15 de diciembre de 1925 (221) declara que es independiente que la designación del domicilio sea equivocada o falsa, o que las calles o edificios hayan desaparecido o sido transformados, o hayan variado de nombre y numeración, pues de otro modo sería fácil burlar la ley. Esta postura debe dulcificarse.

(40) La fijación del domicilio no será necesaria tratándose de hipotecas que garanticen títulos nominativos o al portador, ya que a estos efectos el domicilio será el del hipotecante, o el del tercer poseedor, según señale el art. 155,1 L.H.

(41) GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 111 y ss.

la competencia territorial del Juzgado (42). Para que la expresión «término» tenga sentido, estamos con el autor últimamente citado, en que se debe hacer equivaler a circunscripción territorial en la que el Juzgado de Primera Instancia es competente, y por ello podrá cambiar el domicilio a voluntad de un pueblo a otro dentro de esa misma circunscripción territorial. Todo esto es aplicable al tercer poseedor que quisiera variar el domicilio fijado por el primitivo hipotecante.

El hipotecante puede también variar el domicilio a población situada fuera de la circunscripción territorial antes señalada, pero en este caso debe conseguir el consentimiento del deudor (43). Moviéndose en estos límites señala la Ley y matiza el Reglamento en su art. 226,1, la necesidad, para que el cambio sea efectivo, de llevarlo a cabo en acta notarial (44) y ponerlo en conocimiento del acreedor hipotecario, así como inscribirlo por nota al margen de la inscripción de la hipoteca; si no se cumplen estos requisitos el cambio de domicilio no surte efectos procesales y quedará subsistente el que aparezca en el Registro.

Al comenzar el estudio de los requisitos objetivos del procedimiento del art. 131 L.H. manifestábamos que sólo las pretensiones de ejecución hipotecarias sobre bienes inmuebles entraban en el ámbito de aplicación del mismo, en este sentido la Ley se muestra muy restrictiva al señalar en el párrafo 3, 135 L.H. que «los autos de procedimiento sumario que establece esta Ley no son acumulables entre sí, ni tampoco a los del juicio ejecutivo, ni a un juicio universal». En favor de la prohibición de la acumulación se ha pronunciado entre otras la sentencia de 16 de octubre de 1961 (3.302).

No contiene sin embargo la Ley prohibición alguna en materia de acumulación de pretensiones que entendemos es factible, cumplidos los requisitos de los arts. 153 y ss. L.E.C., en virtud del principio de economía procesal.

(42) ¿Se podría pensar que cuando el lugar en que esté situado el inmueble no sea determinante de la competencia territorial, por haberse sometido las partes expresamente a otro Juzgado, no podría entrar en juego esta posibilidad de cambio? Entendemos que no, que la referencia en este sentido es genérica, es decir, que servirá para determinar la competencia a falta de sujeción expresa.

(43) Nada dice la Ley de qué podría hacer el hipotecante cuando el acreedor no consienta el cambio de domicilio, es evidente que dada la redacción del art. 131 L.H. y del 226 del R.H. nada, en cuanto que esta autorización se prevé como necesaria.

(44) El acta notarial no devengará impuestos reales y se extenderá en papel sellado de la última clase, según ordena el párrafo 6, 130 L.H.

C) Tramitación.

En materia de trámite propiamente dicho y para una mejor comprensión del mismo vamos a dividir su estudio en tres partes: 1.^a, dedicada a la iniciación del procedimiento, requerimientos, administración y posesión interina; 2.^a, dedicada al estudio de la preparación, celebración y aprobación del remate y demás operaciones posteriores, en donde la reforma de la Ley de 1986 ha incidido especialmente, y 3.^a, en la que se analiza la suspensión del procedimiento y sus efectos.

En la *primera parte*, dedicada a la iniciación, hemos de señalar que la R. 2.^a, 131 L.H. manifiesta que el procedimiento se iniciará por demanda, autorizada por Letrado, a lo que hay que añadir que también se exige la representación procesal por Procurador, ya que el supuesto no aparece incluido en las excepciones consignadas en el art. 4 L.E.C.; la demanda debe presentarse ante el Juzgado competente, determinado en la forma que antes vimos.

La demanda, que debe ser escrita, en cuanto a su forma nada prohíbe, pero tampoco impone, que se redacte en los términos prevenidos en el art. 524 L.E.C. (45), que es como suele hacerse en la práctica, distinguiéndose un encabezamiento, un cuerpo, con la debida separación de los hechos y fundamentos de derecho, terminando con el correspondiente suplico.

La Ley exige como contenido necesario de la demanda, que conste en ella: a) los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado; requisitos que se expresan en los hechos y fundamentos de derecho y que han de justificarse con los documentos que luego veremos. En relación con los hechos, el legislador hipotecario introduce un principio extraño a la L.E.C., el de la buena fe, aunque no en su acepción general, sino con miras específicas de protección del ejecutado, dada su falta de intervención, o su limitadísima posibilidad de oposición, en este procedimiento.

De esta forma el acreedor quedará sujeto a indemnizar, cuantos daños y perjuicios irrogare al ejecutado o a terceros interesados, por malicia en la exposición de los hechos y demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento (46), no

(45) Ver en este sentido FERNÁNDEZ, *El proceso de...*, cit., págs. 98 y ss., hay que tener presente que serían de preferible aplicación en este punto las normas del proceso de ejecución a las del de declaración.

(46) Entre las que se podría incluir la demanda ante Juzgado territorialmente incompetente,

se trata, pues, del principio de la buena fe en sentido estricto, ya que esta obligación se impone sólo al ejecutante sin hacerse extensiva a la conducta maliciosa que puede llevar a cabo el ejecutado (47).

Exige en segundo lugar la Ley, que en la demanda conste: b) la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de reclamación, es decir, el importe del principal, intereses y la cantidad que se haya pactado en la escritura para el pago de las costas. En este sentido habrán de tenerse en cuenta las prescripciones del art. 219, 3, 3.º, R.H.

Aunque la Ley es obvio no lo exija, es evidente que en la demanda debe constar el nombre del ejecutante y la persona contra la que va dirigida la ejecución, que se determinará en la forma que vimos al hablar de los requisitos subjetivos, estos datos en el encabezamiento de la misma; por supuesto que también debe constar la pretensión, con las peticiones específicas que se hagan y que vendrán contenidas en el suplico.

Si la redacción del encabezamiento y del cuerpo es importante, la del suplico es fundamental en cuanto va a condicionar la actuación del órgano jurisdiccional. En el mismo, además de pedir que se tenga por incoado el procedimiento y que se realicen los trámites oportunos, se solicita la celebración de la subasta, que es rogada la primera, para que con su importe se hagan efectiva las cantidades antes señaladas. Se puede, además, solicitar en el suplico la expedición del mandamiento al Registrador que ordena la R. 4.º, 131 L.H., y cualquier otra petición relacionada con el objeto; por medio de «otrosí» el desglose de documentos, etc.

Hemos observado que en la práctica, a pesar de pedir en el suplico que se libre mandamiento al Registro a los efectos señalados en la R. 4.º, 131 L.H., no se hace, y creemos que con buen criterio, ya que si el requerimiento de pago no se ha hecho y dado que puede pagar ante el requerimiento judicial, lo que extinguiría el procedimiento, resultaría, de producirse éste, inútil la certificación registral que además ocasionaría unos gastos innecesarios; por ello y si el ejecutado ante el requerimiento judicial no paga, el abogado vuelve a solicitar la petición de mandamiento, que es cursada al día siguiente.

Con el escrito de demanda exige la R. 3.º, 131 L.H., al ejecutante que acompañe: Los documentos comprobantes de la personalidad, incluso los que acrediten el poder del Procurador. El término *perso-*

(47) En este punto señala PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 797: «La L.H. sanciona el dolo procesal, estableciendo que el acreedor queda sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios...».

nalidad ha de ser entendido no sólo referido a la necesidad de que justifique su representación legal, necesaria o voluntaria, sino también a la necesidad de justificar su legitimación y la del ejecutado contra quien dirige el procedimiento (48), por lo que entendemos que deberá aportarse certificación registral en la que conste el último titular del bien hipotecario; en cuanto al Procurador ha de acompañarse la correspondiente copia del poder con los requisitos generales.

Acompañará, además, el título o títulos revestidos de los requisitos que la L.E.C. exige para despachar ejecución, y para el caso de no poderse presentar se acompañará, al que se presente, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. El título al que se refiere la Ley es la escritura de constitución de la hipoteca, con los requisitos antes analizados, al hablar del objeto de procedimiento y a los que nos remitimos; valga también la crítica hecha a esta exigencia en favor de su sustitución por la certificación registral.

La Ley de 14 de mayo de 1986, en su art. primero, ha añadido un apartado segundo a este número 2, R.º 3.º, 131 L.H., que dice así: «Para la ejecución de las hipotecas constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos o préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial, comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución» (el subrayado es nuestro). Esta reforma hay que conectarla con la crítica hecha anteriormente en favor de la exigencia de la certificación y no de la escritura de hipoteca, con las matizaciones que el párrafo transcrito señala.

Exige, además, la Ley, aunque en este caso no como requisito de admisibilidad de la demanda como son los anteriores, que se adjunte acta notarial de haber requerido de pago, con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor y también al tercer poseedor de la

(48) GUASP, *La ejecución...*, cit., ve un cierto paralelismo entre la exigencia aquí recogida y la de los arts. 503 y 504 L.E.C., hemos de señalar que aquí la situación es notablemente diferente, en cuanto sin la comprobación de la legitimación no se puede despachar la ejecución, a diferencia del proceso declarativo donde la legitimación se examina en la sentencia condicionando la eficacia de la pretensión. En favor de la necesidad de justificar ahora la legitimación se muestran también, entre otros, PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 797, y GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., T. II, pág. 284.

finca, en el caso de haber acreditado la adquisición del inmueble, el requerimiento se hará en la forma que señala el último párrafo R. 3.ª, 131 L.H., al que nos remitimos, así como a su comentario hecho en páginas anteriores.

En materia de requerimiento la sentencia de 9 de abril de 1980 (1.372), después de señalar las formalidades que debe revestir el requerimiento de pago, señala: «...y estas formalidades y las generales a que se ha hecho referencia, constituyen no un formalismo "ad probationem", y menos requisito de puro y facultativo trámite, ya que al tratarse de que desde que se cumplan obtengan las resoluciones judiciales sus importantes efectos, han de estimarse requisitos "ad substantiam" y como tales esenciales para la validez del acto procesal».

El requerimiento al deudor ya señalábamos que en este caso se hace en calidad de deudor y no de futura parte, cuando hay tercer poseedor; el requerimiento a este último no se le hace como sujeto pasivo del crédito inicial, sino como adquirente de unos bienes hipotecados que están sujetos al cumplimiento de esa obligación que garantizan, antes de proceder contra él; y por eso si el tercer poseedor paga el procedimiento no se entablaría.

Dice CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (49) que en el supuesto de que la finca pertenezca todavía al fiador real, dado que éste carece de los beneficios de orden y excusión, hemos de entender, dice, que en el orden procesal estamos ante un fiador solidario, por lo que el requerimiento de pago previo a la ejecución tendrá que hacerse necesariamente a él, siendo voluntario por parte del acreedor el realizar a su vez otro requerimiento voluntario al deudor en el mismo sentido de conminación de pago.

La solución es aceptable pero no sobre la base de la solidaridad que permitiría dirigirse contra cualquiera de ellos, sino porque dejada de cumplir la obligación crediticia, la hipoteca adquiere toda su fuerza y el requerimiento se hace al fiador real porque contra él se va a dirigir el procedimiento.

Hay quien piensa (50) que este requerimiento no es más que una simple notificación extrajudicial de que va a procederse contra

(49) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios...*, cit., pág. 735.

(50) Ver en este sentido DE LA PLAZA, *Derecho...*, cit., págs. 572, y ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCULLI, *Derecho...*, cit., pág. 1.119, que alegan la sentencia de 27 de diciembre de 1933 en la que se dice que sin duda el legislador con el requerimiento se propone que lleguen a noticia del deudor los planes del acreedor con la antelación necesaria para que pueda acudir a la defensa de sus derechos, evitando sorpresas hijas de la buena o mala fe; citan también la sentencia de 10 de marzo de 1948 en que se señala que la falta de notificación al deudor vicia de nulidad el procedimiento.

él (51); si lo consideramos desde esta perspectiva el requerimiento no debería entonces hacerse al deudor más que en el supuesto de que fuera el hipotecante, y debiendo reducirse solamente al titular de los bienes contra el que se va a entablar el procedimiento del artículo 131, L.H., con lo cual la exigencia de requerir de pago «al deudor y también al tercer poseedor», carecería de sentido, ya que contra el primero no se va a proceder.

A esta R. 3.ª, 131 L.H., ha añadido, la Ley de 1986 que comentamos, un número 4, en su ya citado artículo primero, que dice: «Cuarto. El documento o documentos que, cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiese pactado un interés variable, permita determinar dicho tipo con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética, si el tipo de los intereses reclamados no viniese determinado en la certificación registral o en la copia autorizada a que alude el último párrafo del número segundo de esta regla». Esto es una consecuencia de la exigencia contenida en la R. 2.ª, 131 L.H., relativa a la certeza, es decir a la exactitud de la cantidad por la que solicita la ejecución, y hay que conectarla con la también exigencia del art. 219, 3, 3.ª del R., que en su párrafo 3 dice: «...2. Que con la demanda se acompañe documento o documentos oficiales en que consten los valores tipos vigentes en las fechas del otorgamiento y vencimiento del préstamo...».

Por su parte los arts. 153 y 155 L.H. recogen otra serie de documentos a aportar en los supuestos de procedimientos para hacer efectivas las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito o de títulos nominativos o el portador.

Por lo que se refiere a las copias de la demanda y documentos no serán necesarias, en cuanto que aquí no hay ningún tipo de traslado al ejecutado ni fase normal de oposición. En este sentido la sentencia de 12 de noviembre de 1985 (5.584) señala que ni al deudor ni al resto de las partes la Ley ordena hacer citaciones o emplazamientos.

Presentada la demanda y los documentos señalados, el Juez examina si se cumplen los requisitos y están los documentos apuntados, a excepción del acta de requerimiento cuya omisión no paraliza el trámite; si es así dictará una providencia, mejor dicho, dictará el Secretario una propuesta de providencia, que el Juez aceptará,

(51) No creemos que sea sólo esto, en primer lugar porque la Ley habla de requerir de pago, lo que ocurre es que tal requerimiento es a la vez un aviso para que sepa que, si no paga, transcurridos los días de que habla la Ley, se va a utilizar la vía judicial contra él; en segundo lugar porque si paga se evita el proceso. En el mismo sentido PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 797.

en su caso, ordenando admitir a trámite la demanda (R. 4.^a, 131 L.H.).

Se plantea la doctrina (52) la duda de si debería ser un auto, ante el silencio de la Ley; es evidente que debe tratarse de una providencia, ya que con ella se lleva a cabo la ordenación del proceso, dándole el curso que corresponde, en la práctica se utiliza la modalidad de propuesta de providencia.

Si el Juez, dados los amplios poderes que tiene en este punto, entiende que no se cumplen las exigencias requeridas, denegará la apertura del procedimiento ahora si mediante auto, que como en el caso anterior, su propuesta correrá a cargo del Secretario, contra dicho auto cabe recurso de apelación en ambos efectos (R. 3.^a, «in fine», 131 L.H.).

En la providencia, admitiendo a trámite la petición, que habrá de ser notificada al ejecutante, se señalará, además, practicar el requerimiento de que hemos hablado y en la forma que señala el último punto de la R. 3.^a, 131 L.H., y sólo en el caso de no haberse practicado extrajudicialmente por el ejecutante; acreditándose el mismo en autos en la forma que señala el párrafo 1, R. 4.^a, 113, L.H. (53).

Este requerimiento se practicará, de oficio, comprobada la ausencia del extrajudicial, y si de él se obtiene el pago, el acreedor ejecutante pagará las costas causadas hasta ese momento (54).

La Ley señala, además, que el Juez reclamará la certificación registral que deberá contener los extremos expresados en este párrafo 1, R. 4.^a, 113 L.H.; pero este mandamiento es rogado (55), no se pide

(52) Ver en este sentido GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 129 y citas allí contenidas.

(53) Se sigue remitiendo este párrafo de la R. 4.^a, 131 L.H. a las notificaciones por cédula y por ello a los artículos 266 a 269 L.E.C., perdiendo, una vez más, la oportunidad de hacer una remisión correcta a los arts. 275 y 276,2 del mismo cuerpo legal que regulan los requerimientos. La remisión a las cédulas, después de la reforma de 1984, permite que se lleven a cabo por correo certificado con acuse de recibo (art. 261 L.E.C.); sistema que no rige para el requerimiento y que de seguirse hace inviable el párrafo 2, 276 L.E.C. de «admitir la respuesta que diere el requerido...». Hubiera sido de desear que aprovechando la Ley de 1986 se ordenara el requerimiento antes de admitir a trámite la demanda, de ser así y siguiéndose las exigencias del párrafo 2, 276 L.E.C. el Juez podría tener en cuenta alguna observación que le hiciera el requerido y que podría llevar a la no admisión de la demanda.

(54) En este sentido pueden verse GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 131, y el artículo de SOLDEVILLA, *Notas para la reforma de la Ley Hipotecaria*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. allí citado; ver también ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.121.

(55) Este carácter rogado no está justificado, debiendo haber sido sustituido por la oficialidad, aprovechando la reforma, así como en materia de primera subasta, donde sigue rigiendo el impulso de parte.

de oficio y ya señalábamos antes cuáles eran las razones por las que no se contenía en la providencia.

En el mandamiento (56) en que se ordena la petición de certificación se hará expresión de las características del bien hipotecado, del que se pide la certificación y del contenido de la misma, que será: Inserción literal de la última inscripción de dominio o posesión, en su caso, que se haya practicado y se halle vigente; relación de todos los censos, hipotecas, etc., con que se halle gravado, la referencia a «todos» hay que entenderla a los anteriores, posteriores y a las cargas simultáneas o del mismo rango, que según el art. 227 R.H. se consideran preferentes; además, se deberá expresar que la hipoteca está vigente y sin cancelar.

Entiende GUASP (57) que este requisito no es de cumplimiento necesario en el supuesto recogido en el número 2, R. 2.^a «in fine», 131 L.H.; entendemos, con ROCA-SASTRE (58), que sí lo es, pues en este lapso de tiempo puede haberse cancelado la hipoteca.

Exige además la Ley que el Registrador hará constar, por nota marginal, que se ha expedido la certificación señalada, así como la existencia del procedimiento, dicha nota hará las veces de notificación en relación con los titulares que inscriban sus derechos con posterioridad a la misma, en la forma que antes analizamos.

El contenido de esta certificación va a influir considerablemente en las actuaciones posteriores, ya que hasta que no se reciba, el órgano jurisdiccional no puede seguir adelante. Si de esta certificación aparece como titular un tercer poseedor, que no haya sido requerido de pago, se le notificará el procedimiento (59) a los efectos prevenidos en la R. 5.^a, párrafo 1, 131 L.H., a lo que habríamos de añadir, como ya hemos dicho, que su carácter de tercer poseedor le convierte en parte y por ello puede personarse cuando lo desee y usar de las facultades del art. 132 L.H., si ha lugar, teniendo que entender dirigido el procedimiento contra él desde ese momento.

Si ante la notificación del procedimiento el tercer poseedor opta por pagar, el procedimiento termina no siguiendo adelante la eje-

(56) Se sigue tratando de un mandamiento con base al art. 297 L.E.C. redactado según la Ley de Reforma de 1984.

(57) GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 133.

(58) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.112.

(59) Señala la sentencia de 14 de diciembre de 1964 (5.878) que es nula la notificación por edictos cuando el ejecutante, que conocía el domicilio del ejecutado, alega no conocerlo, hecho que quedó demostrado en autos, produciéndose indefensión. En este caso la nulidad podría decretarse de oficio, al amparo del art. 240,2 L.O.P.J., o a instancia de parte, utilizando los medios que la Ley pone a su alcance entre ellos la vía señalada en el art. 132 L.H.

cución, en otro caso, treinta días después puede solicitarse la celebración de la subasta.

Si aparecen en la citada certificación alguna carga o derecho real constituido después de la inscripción de la hipoteca y evidentemente antes de la nota marginal, se procederá en la forma que señala el párrafo 2, R. 5.^a, 131 L.H., en cuanto a las notificaciones a sus titulares, pudiendo personarse e intervenir en el procedimiento, en calidad de intervinientes adhesivos, como antes explicábamos.

Si éstos optan por pagar, el procedimiento en este caso no termina, éstos se subrogan en la posición del acreedor ejecutante y el procedimiento continúa, hay que aclarar que la notificación se hace sólo a los posteriores que puedan resultar afectados y no a los anteriores, y que además, habrá de hacerse la notificación a los titulares a que se refiere el art. 225 R.H.

Hechas las notificaciones pertinentes, y una vez que se le ha dado la posibilidad de intervenir y por ello de defenderse, en la escasa medida que permite el art. 132 L.H., y en la más amplia de cualquier declarativo o proceso penal, se puede proseguir adelante la ejecución (60), ya que cualquier anotador posterior contará con la publicidad de la nota marginal para usar de sus derechos y en especial en la forma que señala el art. 134 L.H.

Antes de procederse a la celebración de la subasta puede el acreedor ejecutante pedir que se le entregue la finca en administración, una vez transcurridos diez días desde que se hizo el requerimiento de pago (61).

Para que la finca pueda darse en administración, es necesario que esta posibilidad se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, o bien que ese derecho le corresponda por Ley. Pero el pacto por sí sólo no conduce a la administración, es necesario que el ejecutante lo solicite expresamente del Juez. Si el Juez accede a ella, concede, además, si se pide, la posesión interina de la finca, todo ello en un auto, y desde ese momento se entiende que el ejecutado las ha perdido.

La concesión de la administración hay que entenderla hecha con plenitud de efectos y por ello con las obligaciones que le son inheren-

(60) En la práctica hemos observado que cuando, como consecuencia del tiempo empleado en la cumplimentación de los exhortos, han transcurrido varios meses desde la certificación exigida por la R. 4.^a, 131 L.H., se vuelve a solicitar otra certificación, para mayor garantía.

(61) No prevé la Ley otro momento de solicitud, ni la posibilidad de que ésta sea solicitada, como en la ejecución ordinario, en la forma y momento establecido en el art. 1.505 L.E.C.

tes (62), el ejecutante destinará los frutos y las rentas, en primer lugar, para hacer frente a los gastos de conservación y explotación, y en segundo lugar, para ir amortizando la deuda; pero para que pueda percibir las rentas vencidas y no pagadas ha de autorizarse expresamente en la escritura (63).

La administración está sometida generalmente a un plazo (64) marcado en el art. 133 L.H. y que es de dos años. Si las partes a que hace referencia la R. 7.^a, 131 L.H., no pidieran la celebración de la subasta, el acreedor podrá seguir adjudicándose los frutos hasta la total satisfacción del crédito, pero solicitada la subasta y aprobado el remate la administración y la posesión interina cesan automáticamente.

Prevé la R. 12, «in fine», 131 L.H., que cuando la tercera subasta quedase desierta por falta de licitadores, podrá reproducirse cuantas veces lo solicite el propietario de los bienes y continuará mientras tanto el inmueble en administración, y la fecha de rendición de cuentas, que el art. 133 R.H. señala al término de su gestión, se fijará por el Juez a su prudente arbitrio. La rendición de cuentas debe ser aprobada en todo caso por el Juez, sin cuyo requisito no podrá proseguirse la ejecución.

Prevé la Ley en el párrafo 2 de la R. 6.^a, 131 L.H., el supuesto de una pluralidad de acreedores solicitantes de la administración, distinguiendo según que sean de la misma prelación, en cuyo caso decidirá el Juez a su prudente arbitrio, entendemos que por auto, estableciendo para este supuesto la posibilidad de que lo pida cualquiera de ellos en beneficio de todos, aplicándose los frutos a prorrata entre los créditos.

En el caso de ser uno de los acreedores solicitantes acreedor preferente a éste le será conferida la administración.

(62) Dice ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.128, que: «En esta administración o posesión interina se da un verdadero derecho de anticresis, de modo que el acreedor hace suyos los frutos como propietario de ello y no como en las demás administraciones judiciales (por ej., la del art. 1.450 L.E.C.) en que el acreedor percibe los frutos por la vía de embargo». Habría que recordar que existe una administración en fase de ejecución, que es la recogida en los arts. 1.505 y 1.520 y ss. L.E.C.

(63) No dice la Ley la forma en que ha de llevarse a cabo la administración y GUASP señala la vía de los arts. 1.419 a 1.428 L.E.C. no podemos, sin embargo, olvidar las disposiciones contenidas en materia de administración en el proceso de ejecución, en los arts. 1.521 y ss. L.E.C.

(64) La referencia de la Ley hay que entenderla, salvo pacto en contrario de las partes, aunque también señala la doctrina que pudiera entenderse como una regla general, aplicable a toda administración. Parece más lógica la primera postura, considerándose acertado el plazo de dos años como medio de evitar abusos.

El problema se plantea en cómo se procederá cuando se haya constituido ya una administración judicial ordinaria y se pida ahora la de la hipoteca preferente. El Juez que conoce del procedimiento del art. 131 L.H. solicitaría del que concedió la administración judicial ordinaria, a instancia de parte, la terminación o cancelación de la misma en favor de esta nueva administración preferente (65); esto es lo que viene a decir el párrafo 2 del artículo 1.505 L.E.C. respecto de las administraciones reguladas por el art. 1.450 L.E.C.

La segunda parte del trámite está dedicada al estudio de la subasta y a ella viene referida la Ley de 14 de mayo de 1986, que examinamos. La subasta es la fase fundamental del procedimiento de apremio, a través de ella se van a perseguir y conseguir, a veces, la conversión en dinero de los bienes hipotecados, como primer paso hacia el pago del acreedor ejecutante.

No es éste momento de entrar en el estudio de la naturaleza jurídica de la subasta sobre la que se han barajado abundantes teorías (66), planteándose fundamentalmente las preguntas de quién

(65) La sentencia de 14 de julio de 1933 (1.792) reconoce el mejor derecho del acreedor hipotecario a obtener la administración, frente al de un anotante de un embargo.

(66) Siguiendo en este punto de DE MIGUEL Y ALONSO, *Sistemática de la realización forzosa*, Coimbra, 1964, págs. 23 y ss., se pueden agrupar las principales tendencias en los siguientes apartados: a) *Doctrina de la venta civil*, apoyada fundamentalmente en que en la subasta, las prestaciones que se intercambiaban eran, la entrega de una cosa a cambio de un precio, y por ello las mismas que en el contrato de compra venta del art. 1.445 C.C. Esta teoría tenía un punto especialmente débil, la falta de consentimiento del dueño de los bienes. c) *Doctrina del derecho de prenda*, sustentada entre otros por KOKHER y A. Rocco, en la venta se da el ejercicio de un derecho de prenda que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor y tal derecho se concreta en su día sobre un bien determinado sujeto a realización forzosa; pero de esta forma tampoco se justificaba el derecho del acreedor a vender los bienes dados en prenda como si fuera su dueño. c) *Doctrina de la expropiación*, de la facultad de disposición, sostenida por CHIOVENDA y CALAMANDREI, el acto de aprobación del remate funciona como un acto de expropiación de la facultad de disposición del dueño de los bienes, la teoría, que sin duda es ingeniosa, peca de desproporcionada y además falta la contraprestación que debería recibir el dueño de los bienes por esa expropiación. d) *Doctrina de la representación*, mantenida por CARNELULLI, entre otros, quien explica este supuesto como un acto de presentación contra la voluntad del representado; la teoría de la representación se fuerza excesivamente en este caso. e) *Doctrina del acto estatal*, mantenida, entre otros, por STEIN JONAS, SATTI, etc., quien no aceptan el concepto de venta privada, viendo en ella un tipo de acto estatal, ya sea desde la perspectiva de la venta sin el consentimiento del titular, ya sea desde la de las transmisiones forzosas. Nuestra doctrina adopta, al respecto, diferentes posturas, así para DE MIGUEL Y ALONSO, *Sistemática...*, cit., pág. 26, más acertada es la doctrina de la expropiación. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA,

«vende» y en qué calidad se hace la adjudicación. En estas cuestiones estamos con la doctrina que mantiene que la subasta es un acto judicial complejo; que el que «vende» es el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales que actúan en su nombre, y que lo hace no en representación del dueño de los bienes, sino subrogándose en su lugar, sustituyéndolo.

En este sentido resultaba antes un obstáculo la frase contenida en la R. 17, 131 L.H., que señalaba que la aprobación del remate y por ello el acto de transmisión, se hacía «en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen»; con mejor acierto la Ley de 14 de mayo de 1986 ha suprimido este párrafo, no sabemos si porque el legislador consideraba errónea la teoría de la representación o simplemente por no tomar partido en cuestión tan polémica.

Para llegar a la subasta la Ley condiciona el supuesto a la iniciativa de las partes, inclinándose, una vez más, por el impulso de parte en esta actividad procesal. Las críticas que en este sentido se le hicieron a las antiguas leyes hipotecarias, no han sido oídas por el legislador de 1986, quien en el artículo segundo de la citada Ley sigue insistiendo en que se procederá «a instancia del actor, del deudor, del tercer poseedor o del hipotecante», y ello de forma incomprensible si pensamos que el art. 1.488 L.E.C., cuyo párrafo tercero ha sido trasplantado al artículo 131 L.H., consagra el impulso de oficio a tales efectos, lo mismo que el art. 237 L.O.P.J. de 1985, esté con la salvedad «salvo que la Ley disponga otra cosa».

A cambio la nueva redacción de la R. 7.ª, 131 L.H. conserva la facultad de ambas partes para pedir la subasta, añadiendo la figura del hipotecante, es decir del fiador real, que no era contemplado en la antigua redacción ni en el contexto del procedimiento del 131 L.H. Se sigue, sin embargo, manteniendo al margen a los acreedores posteriores a la inscripción de la hipoteca y que como hemos visto son interesados; entendemos, no obstante, que una vez personados en

Derecho..., cit., T. II, pág. 274, participa de la doctrina de la sustitución, rechazando la de la representación. FERNÁNDEZ, *El proceso...*, cit., pág. 201, señala: «...que no plantea problemas la facultad del Juez de vender los bienes embargados. Para explicarla no hay que acudir a la teoría de la representación ni de la expropiación, la legitimación de carácter público que adquiere el ejecutor al despachar la ejecución explica, de modo suficiente, su facultad...». PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., Vol. II, pág. 769, se manifiesta en favor de su consideración como «actuación judicial compleja; y respeto del remate, «es acto procesal y, consecuentemente, de derecho público, que emplea elementos del contrato de compraventa del Derecho privado, pero con la adaptación necesaria al caso». DE LA PLAZA, *Derecho...*, cit., pág. 544, se inclina por la teoría de la sustitución. Nuestra postura ha sido manifestada en el texto.

autos tendrán la posibilidad, como partes, de solicitar la celebración de la subasta.

La petición de la subasta debe hacerse ante el Juzgado que conozca del procedimiento y después de haber transcurrido treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento y las notificaciones de que antes hemos hablado.

La competencia, en favor del Juzgado que conozca del procedimiento, para la celebración de la subasta, ha sido criticada por la doctrina, ya que entienden que debería celebrarse en el lugar donde radiquen los bienes, lo que facilitaría la obtención de un mejor precio de remate, hecho que no será posible cuando las partes se hayan sometido a Juzgado de localidad diferente.

El problema podría obviarse permitiendo la celebración de subastas simultáneas previstas en el art. 1.502 L.E.C. para supuestos semejantes, bien a petición de parte, bien acordándose de oficio por el órgano jurisdiccional con base al párrafo segundo del artículo mencionado, procediéndose, para el remate, en este caso, como prescribe el art. 1.503 L.E.C. (67).

Pese a los problemas que puede suscitar la celebración de la subasta en lugar diferente al que radiquen los bienes, el legislador de 1986 sigue manteniendo el criterio anterior, perdiendo, además, la oportunidad de mejorar el precepto con la referencia expresa a las subastas simultáneas.

Solicitada la celebración de la subasta se procederá al anuncio de la misma, con veinte días de antelación, por lo menos, al señalado para dicho acto. La publicidad de la subasta es un acto de gran trascendencia, ya que ella va a permitir que su celebración llegue al mayor número posible de licitadores, así como que éstos conozcan de antemano los bienes y las condiciones en que salen; en la celebración de la subasta la nueva Ley de 1986 ha introducido novedades positivas, recogidas de la Ley de reforma urgente de L.E.C. Veamos pues cómo se anuncia la subasta, dónde se insertan los edictos, y cuál es el contenido de los mismos.

Respondiendo a la primera cuestión la subasta se anuncia por edictos, según señala R. 7.^a, 2, 131 L.H., éstos se insertan, dice este mismo párrafo, en los sitios de costumbre, refiriéndose con ello al tablón de anuncios del edificio del Juzgado, o a cualquier otro lugar usual, novedad que no recogía la antigua R. 7.^a, 131 L.H., a diferencia del art. 1.488 L.E.C.

(67) En contra de la posibilidad de esta aplicación, ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.132.

Además, se insertarán en los periódicos oficiales en la forma que ahora veremos. La elección del medio de difusión oficial se deja a la decisión de quien haya solicitado la subasta, éste podrá decantarse, bien por el B.O. de la Comunidad Autónoma, bien por el B.O. de la provincia en que se siga el procedimiento, ya que la disyuntiva «o» creemos que obliga a elegir entre uno u otro; además, se publicará en el B.O. de la provincia o provincias en que radique la finca o fincas; todo ello cuando el valor de la misma excediere de doscientas mil pesetas, sin rebasar los cinco millones. Para cuando sobrepase esta última cifra, la publicación del edicto *se hará, además, en el B.O.E.*

La publicidad en los medios de difusión de otro carácter se acordará a petición de las partes procesales que lo soliciten, corriendo de su cuenta los gastos que ello ocasione, no estableciéndose ningún criterio cuantitativo limitativo y siguiéndose en materia de publicidad de edictos las líneas del art. 236 L.O.P.J.

La nueva redacción dada a la publicidad de los edictos ha variado no sólo respecto de la vieja R. 7.^a, 131 L.H. (68), sino también del art. 1.488 L.E.C., del que se supone un trasplante, ya que este último permite la elección entre el B.O. de la provincia, no se hace referencia al de la Comunidad Autónoma, o uno de los periódicos de mayor difusión provincial de donde se siga el juicio (69), posibilidad que se conserva por encima de los cinco millones en favor de un periódico de difusión nacional; supuesto que en la L.H. queda al arbitrio de las partes.

Nos parece más correcta la regulación de la L.H., al establecer expresamente una mayor amplitud de la publicidad, aunque estimamos que la «o» debería transformarse en la práctica en «y».

En materia de publicidad y como tributo a la economía procesal y a la disminución de las sustanciosas sumas que alcanzan los costes de los anuncios, se trasplanta el párrafo 3, 1.488 L.E.C. a esta R. 7.^a, 131 L.H., pasando a ocupar su párrafo 4.^o, con sólo la modificación del sujeto petionario con base a que en la ejecución hipotecaria la subasta la pueden solicitar las dos partes procesales.

(68) Que decía en este punto: «...anunciándose el remate... en el B.O.E. o en el Boletín Oficial de la provincia o provincias... La publicación de los anuncios en el BOE sólo tendrá lugar cuando el valor de la finca o fincas excediere de 100.000 ptas. Si el valor de ellas rebasa de 500.0 ptas., se publicará además, otro edicto en uno de los periódicos de mayor circulación de la capital de la provincia a la que corresponda el Juzgado...».

(69) Estamos de acuerdo con FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley...*, cit., pág. 318, que el «o» se debería sustituir por «y», ya que aunque ello incrementa los gastos, va en beneficio de la publicidad de la subasta.

Se establece así la posibilidad de, en un mismo edicto, hacer la publicación de las tres subastas para cuando en su celebración se den los supuestos allí previstos (70). El ahorro que esto puede suponer es considerable, pero el legislador ha hecho caso omiso a la crítica doctrinal centrada en dejar en manos del solicitante de la subasta esta posibilidad y no otorgársela al órgano jurisdiccional, quien de oficio deberá determinarla (71).

Pese a las ventajas que ello supone, FAIRÉN (72) dice: «nos parece algo peligroso, ya que la atención de los posibles licitadores puede quedar atraída por la primera subasta, en perjuicio de las ulteriores».

Entre la primera y segunda subastas, y éstas y la tercera, el plazo señalado es de veinte días, según ordena expresamente este párrafo 4.º, R. 7.ª, 131 L.H. Los edictos habrán de notificarse en la forma que señala el último párrafo de esta R. 7.ª, 131 L.H., entendiéndose por deudor el equivalente a sujeto pasivo de la ejecución. No obstante en esta regla se señala como lugar de notificación la finca o fincas subastadas, con lo que se produce una contradicción, o un olvido, con lo señalado en el art. 130 L.H.

En relación al contenido de los edictos, dice la mencionada R. 7.ª, párrafo 2.º, que se expresará el lugar, día y hora en que ha de celebrarse la subasta; la exigencia queda complementada por la R. 8.ª, 131 L.H., cuya redacción ha variado por obra de la Ley que comentamos, y que dice así: «En los anuncios se expresará en *forma concisa* la identificación de la finca, el tipo que servirá de base a la subasta, y las circunstancias siguientes: Que los autos y la certificación del Registro a que se refiere la R. 4.ª están de manifiesto en la Secretaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación; y las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate» (el subrayado es nuestro).

Conviene resaltar, en primer lugar, la referencia que hace el legislador a la forma concisa con que se han de redactar los anuncios,

(70) Y que son: cuando en la primera subasta no hubiere postor, y así mismo cuando no lo hubiere en la segunda, quizás hubiera sido preferible sustituir esta fórmula por «cuando no se haya probado el remate» que acogiera no sólo el supuesto de la falta de postores, sino cuando éstos no hubieran alcanzado con sus ofertas el tipo señalado.

(71) Ver en este sentido VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios...*, cit., pág. 746.

(72) FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley...*, cit., pág. 318.

en esto parece que se ha sensibilizado frente a las críticas que se hicieron a la Ley de reforma de L.E.C. de 1984 por no haber regulado el contenido de los mismos (73).

FAIRÉN (73 bis) pone de manifiesto, recogiendo un trabajo de ANZIZU FUREST («Aspectos sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: duración y coste del proceso en la obra. Para un proceso eficaz», Barcelona, 1982, págs. 67 y ss.), el elevado coste de los anuncios en los periódicos oficiales, del que reproducimos por su importancia lo siguiente: «Un estudio reciente del Colegio de Procuradores de Barcelona, presentado a la Junta de Jueces de Primera Instancia, demuestra que los edictos suponen más del cincuenta por ciento de los costes tasables de los procedimientos; evidenciada la situación..., la judicatura estuvo de acuerdo en adoptar dos medidas básicas mediante la colaboración de aquella corporación: implantar modelación para límite de la extensión de los anuncios a lo estrictamente necesario y...».

Sin perder de vista esta necesaria concreción, los anuncios deben contener, además del lugar, día y hora, la identificación de la finca, a fin de que no haya dudas de cuál es el bien subastado; el tipo que servirá de base a la subasta, sobre el que se establece el porcentaje de la consignación, así como la postura mínima admisible, según determina la R. 9.ª, 131 L.H.; y además se hará constar expresamente las aceptaciones a que hace referencia la R. 8.ª, 131 L.H., extremo que debería desaparecer del contenido del anuncio; esta aceptación de la titulación impedirá que prospere cualquier pretensión amparada en insuficiencia de los mismos.

No obstante, el legislador ha perdido, una vez más, la oportunidad de mejorar la R. 8.ª, 131 L.H., ante las críticas que ya se habían hecho con relación a la falta en esta Ley de un precepto similar al art. 1.492 L.E.C. que permitiera al ejecutante solicitar la subsanación de las faltas o defectos que en ellos advirtiera.

En relación con la aceptación de «cargas o gravámenes anteriores» se mantiene el sistema de la subrogación, implantado en la Ley de 1909 que abandonó el sistema de purga, pero aquí tampoco se ha hecho caso a las críticas de los hipotecaristas que señalaban que en vez de imponerlo directa y categóricamente, con derogación del artículo 1.516 L.E.C., emplea el rodeo de la aceptación de tal subsisten-

(73) No obstante, parece ilógico que, ante una próxima supresión de las tasas judiciales, no se haya obtenido por el anuncio gratuito en los periódicos oficiales.

(73 bis) Esta cita no aparece ni al dorso ni en folio aparte.

cia y consiguiente subrogación por el rematante como si fuera una condición más de la subasta (74).

No podemos entrar ahora, pues se sale de nuestro objetivo, en el sistema de subrogación de cargas que la Ley en su art. 133,2 extiende a aquellos otros casos en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de los bienes y que nos lleva a la derogación de los arts. 1.511 y 1.516 L.E.C. (75). Esta referencia, lo mismo que manifestábamos con la anterior, por ser un requisito legal, debería suprimirse de los anuncios.

Del contenido de la R. 8.ª, 121 L.H., se desprende que en los anuncios no se hace referencia a los sujetos activo y pasivo, en favor de cuya inclusión se muestra GUASP (76). No opina lo mismo VÁZQUEZ SOTELO (77), quien además se muestra partidario de reducir el contenido de los mismos, incluso a no consignar las condiciones para tomar parte en la subasta. La Ley no hace referencia a los sujetos y ello ha ocasionado una colisión de intereses entre los derechos de los sujetos pasivos, que en muchas ocasiones no eran los obligados por la ejecución y que se veían lesionados en su imagen y reputación y los intereses de Hacienda o Magistratura que deseaba conocerlos. Creemos que los nombres no deben publicarse, pudiendo cualquier interesado en ellos recabar de la Secretaría la información pertinente.

En cuanto a los posibles errores que pueden contenerse en el edicto pensamos que lo mejor sería dejar al arbitrio judicial la posibilidad de su subsanación o la necesidad de una nueva publicación, según la naturaleza, importancia y consecuencias de los mismos, convalidándose en las circunstancias que señala el art. 279, 2 L.E.C.

(74) Ver en este sentido ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.151, quienes manifiestan que, además, ello no implica, en todo caso, reconocimiento de la hipoteca o carga anterior, sino en la medida en que ésta se halle vigente, señalando, además, que la Ley ha adoptado el criterio de subrogación total, incluso en el débito personal asegurado.

(75) En este punto puede verse, entre otros, GUASP, *La ejecución...*, cit., págs. 144 y ss.; PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., Vol. II, págs. 778 y 779; FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1980, págs. 491 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho...*, cit., T. II, págs. 1.073.; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., pág. 277, T. II; FERNÁNDEZ, *El proceso...*, cit., págs. 205 y ss. Es famosa la polémica entre GUASP y BLÁZQUEZ que puede consultarse en GUASP, *En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1945, núm. 202, pág. 153, y BLÁZQUEZ, *El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles*. Edictos, precio, liquidación de cargas. Subrogación. Principio de cobertura, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1944, págs. 191, 227 y varias más.

(76) GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 143.

(77) VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios...*, cit., pág. 746.

Nada dice la Ley de la posibilidad de reconocer el bien subastado, como tampoco la L.E.C., a fin de conocer la situación en que se encuentra, perdiéndose así la oportunidad tanto en la L. del 84 como en ésta; a este fin sería conveniente que el Juzgado adoptara la medidas convenientes para facilitar el reconocimiento del mismo, posibilidad de la que ya habla MANRESA (78).

Realizada la publicación de los edictos en la forma que hemos visto, queda abierto el camino hacia la *celebración de la subasta*.

Para poder tomar parte en la misma la Ley exige unos requisitos que se han visto modificados por la Ley de 1986, con el fin de evitar, o poner freno, a los abusos que se venían cometiendo por los «profesionales» de las subastas (79).

Así para poder intervenir como licitador es necesario consignar (80) en el Juzgado o en el establecimiento destinado al efecto, una cantidad igual, por lo menos (81), al veinte por ciento del tipo (R. 14, 1, 131 L.H.). La cantidad se ha duplicado con respecto a la situación anterior, lo que se ha considerado positivo a efectos de alejar a licitadores desinteresados y hacer más efectivo el remate.

De esta consignación está exceptuado el acreedor ejecutante, y no demandante, como erróneamente dice la reforma, que podrá participar sin cumplir este requisito.

La cantidad será igual para todas las subastas, y se deberá por ello hacer la consignación en cada caso, ya que al finalizar cada una de ellas le es devuelto al licitador no rematante la cantidad consignada. La consignación ha de realizarse en moneda de curso legal, no existiendo la obligación de aceptar consignaciones de otro tipo, la sentencia de 8 de febrero de 1985 (540) no admitió como licitador a quien consignaba la cantidad mediante cheque cruzado no conformado.

(78) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1957, T. VI, pág. 547.

(79) PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 773, dice: «Esta exigencia permite evitar las posturas de profesionales insolventes que intentan un lucro con la cesión del remate o aun obligar a una nueva subasta, con grave perjuicio para los interesados y ninguna responsabilidad».

(80) La consignación la puede hacer el licitador o un tercero en su nombre, o incluso sin este último requisito, pero siempre que quede sujeto a la intervención y posible remate del licitador.

(81) Este «por lo menos» significa que se puede consignar una cantidad mayor, lo que voluntariamente no será frecuente, pero se puede por las partes solicitar del Juzgado que en los edictos se establezca, como condición para participar, una consignación con un mayor porcentaje, alegando las razones que se estimen pertinentes para ello; aunque no estaría demás que el Juez, atendiendo a las circunstancias, lo acordara discrecionalmente.

A fin de contribuir a una subasta más eficaz y ajustada a derecho permite la R. 14, 3, 131 L.H., la posibilidad de hacer posturas por escrito en pliego cerrado que quedarán depositadas en la mesa del Juzgado bajo la custodia del Secretario, a las que habrá de acompañar o bien la cantidad de la consignación o el resguardo de la Caja General de Depósitos (82).

Con esta medida se persigue evitar las subastas fraudulentas y además puede ser un incentivo para pujar más alto, ya que se desconoce el precio ofrecido en esas posturas secretas... Las posturas por escrito podrán presentarse desde el anuncio a la celebración de la subasta (83) y serán abiertas en el acto de la licitación (remate, dice el art. 1.499 L.E.C.), pero no se admitirán si no contiene expresamente la aceptación de cargas (R. 13, modificada por el art. 5.º, L. 1.986).

Con relación a estas posturas entiende PRIETO CASTRO (87) que «tiene el inconveniente de la imposibilidad de superar en el repetido acto las posturas que se realicen, más elevadas».

Permite asimismo el párrafo 1, R. 14, 131 L.H., modificado, que las posturas pueden hacerse en calidad de ceder el remate a un tercero, posibilidad que ya existía en la L.E.C. y en el art. 228 del R.H. En este punto el legislador adopta una serie de precauciones para evitar abusos en las cesiones de los remates, exigiendo que se haga mediante comparecencia en el Juzgado que haya celebrado la subasta y en presencia del cesionario que en el acto deberán aceptarla, y señalándole un límite al exigir que se haga como máximo simultáneamente con el pago, lo que significa que deberá realizarse en un plazo máximo de ocho días. Con esta posibilidad el cedente se ahorra un impuesto sobre transmisiones que deberá abonar el cesionario, a cuyo nombre se hará la inscripción y se entenderá aprobado el remate en la forma que señala la R. 17, 131 L.H.

Llegado el día señalado para la celebración de la subasta, se procederá en la forma que señala el art. 1.503 L.E.C., y ello porque a falta de regulación expresa, habrá de entenderse aplicado con carácter subsidiario; el acto será presidido por el Juez, lo que implica

(82) Se plantea VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios...*, cit., pág. 752, si el Juez debe de mantener en secreto la existencia de posturas por escrito o debe comunicar que las hay a los demás licitadores asistentes, dejando la solución al arbitrio judicial, pero interpretando la posibilidad con un criterio teleológico.

(83) Estima VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios...*, cit., pág. 572, que «dada la seriedad que debe caracterizar el acto de la subasta..., las posturas hechas por escrito no podrán ser retiradas, al menos una vez que haya dado comienzo el acto del remate».

(84) PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 773.

el principio de inmediatez, que será asistido por el Secretario en su calidad documentadora y por el Agente Judicial que hará los anuncios tanto del acto como de las posturas que se vayan produciendo.

El acto comienza leyendo la relación de bienes y las condiciones de la subasta, entrando aquí en juego la R. 13, 131 L.H., reformada por el art. 5.º, L. de 1986, insistiendo en la aceptación de las cargas. La R. 9.ª, 131 L.H., señala que no se admitirán posturas que no cubran el tipo de la subasta (85) que, como sabemos, aquí está determinado, según el art. 130 L.H., por el precio en que las partes materiales han valorado el bien, a diferencia de la L.E.C., que son las 2/3 partes del valor del mismo, art. 1.499.

A continuación se harán por los licitadores las ofertas, cerrándose el acto cuando nadie mejore la última y más elevada cantidad ofertada, si ésta cubre el tipo, hecho que quedará al arbitrio judicial; éste procederá entonces a aprobar el remate con la aceptación del rematante.

Si no hay licitadores o si éstos no hubiesen hecho postura admisible, el acreedor ejecutante podrá, en los cinco días siguientes, pedir que se le adjudique la finca en pago, en la forma que señala la R. 6.ª, 1, 131 L.H., con la expresa subrogación de cargas; si no se hiciere se procederá por el Juez (86) a la celebración de una segunda subasta, que saldrá con un tipo del setenta y cinco por ciento sobre el de la primera; si tampoco en esta segunda hubiera postura admisible, el acreedor podrá hacer uso de la facultad señalada en la R. 10, 131 L.H., con las mismas condiciones (87); si no lo hace el Juez acordará la tercera subasta sin sujeción a tipo. Para evitar aquí una considerable depreciación de los bienes, permite la R. 12, 131 L.H., que si la postura fuese inferior al tipo de la segunda subasta, podrá el actor no rematante, el dueño de la finca, es decir, el ejecutado, o un tercero autorizado por ellos, mejorar la postura en el plazo de nueve días, previa la consignación señalada en la R. 14, 131 L.H.; si es así el Juez abrirá la licitación entre ambos en la forma que señala la

(85) Ver en este sentido GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 150 ss., donde desarrolla ampliamente el principio de la cobertura.

(86) En la práctica hemos observado con sorpresa que esta obligación no se cumple, y por ello si no se solicita por la parte la celebración de la segunda subasta el Juez no la ordena.

(87) Vemos aquí la diferencia con la L.E.C., por un lado, que en el art. 1.504 L.E.C. es al ejecutante y no al Juez, a quien se deja la celebración de la segunda subasta, y, por otro, que el art. 1.505 L.E.C. permite, además de la adjudicación de la finca, la petición en administración que aquí se hacía, como hemos visto, en otro momento procesal.

R. 12, 131 L.H. (pfo. 1, «in fine», y pfo. 2) (88). Si no se hiciese uso de esta facultad, se adjudicará el remate.

No habiendo licitadores en esta tercera subasta podrá reproducirse cuantas veces lo crea oportuno el dueño de los bienes, tal y como señala la R. 12, 131 L.H. en su último párrafo (89).

Si en las subastas se presentan licitadores y efectúan posturas superiores al tipo se aprobará el remate en favor del mejor postor. En el caso de haberse realizado posturas por escrito y si alguna de ellas es más elevada, si el postor no asistiere al acto, que nada hay que lo impida e incluso que mejore su postura, se le notificará el remate, aunque la L.H. no diga nada, con lo que se aplicaría el art. 1.503,3 L.E.C., dándole ocho días para que acepte y pague; esta aceptación de que habla la R. 15, 131 L.H. es lógica consecuencia de la que habla el art. 1.503 L.E.C.; si no contestare o no lo aceptara, perderá el depósito.

Aprobado el remate, dice la R. 15, 131 L.H., modificada por el artículo 7.º de la Ley de 1986: «se le hará saber al adquirente, a fin de que, en el plazo de ocho días, contados desde la notificación, consigne la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio de aquél. En el mismo plazo deberá aceptar la adjudicación el rematante que hubiere hecho la postura por escrito y efectuarse, en su caso, la cesión del remate. Si el rematante fuera el mismo acreedor, sólo consignará la diferencia entre el importe del remate y la cantidad a que ascienda el crédito y los intereses asegurados por la hipoteca, sin perjuicio de que, cuando se practique la liquidación de costas, se reintegre al acreedor, con lo que haya consignado, del importe de las originadas, hasta la cantidad asegurada por la hipoteca. Lo mismo se hará cuando se adjudique la finca o fincas al actor y el importe de su crédito e intereses asegurados por la hipoteca sea inferior al fijo como tipo para la subasta».

La referencia que hace este mismo párrafo al acto de comunicación al rematante no es una notificación, sino creemos un requeri-

(88) Hay aquí también diferencias respecto del art. 1.506 L.E.C.: 1.ª En la L.E.C. sólo se habla de deudor ejecutado, mientras que en la L.H. se alude a ambas partes o a un tercero autorizado. 2.ª Aquí el ejecutado puede mejorar su postura en la L.E.C., ha de ser un tercero presentado por él, no él mismo; la L.H. no, debe mejorarla. 4.ª El plazo de nueve días en la L.H. se computa desde la celebración de la subasta, según aclara el art. 229 R.H., en la L.E.C. desde que se le notifica el precio al deudor, notificación que no prevé la L.H. 5.ª Distinto criterio en la cantidad a consignar L.E.C. 2/3 del tipo de la segunda subasta la L.H. el tipo de la segunda subasta.

(89) Señala GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 156, que si en la tercera subasta no hay postura, la ejecución quedaría interrumpida y el acreedor podrá acudir, si lo desea, al ejecutivo ordinario.

miento y en caso de no atenderse se producirían como efectos la pérdida del depósito y demás circunstancias que más adelante veremos.

En este párrafo la reforma ha corregido el error gramatical que se observaba en la antigua R. 15, 131 L.H., que señalaba que si el rematante fuera el acreedor se deduciría, «de lo consignado», siendo evidente que éste no había consignado nada, pues estaba eximido por la R. 14, 131 L.H.

Se conserva el plazo de ocho días para consignar el precio por el que se aprobó el remate, descontando de su importe la cantidad consignada para tomar parte en la subasta (90) (91).

Con la finalidad de evitar la subasta en quiebra, permite el párrafo 2, R. 15, 131 L.H., que: «Podrán reservarse en depósito a instancias del acreedor, las consignaciones de los postores que lo admitan y hayan cubierto el tipo de la subasta (92), a efectos de que si el rematante no cumpliera la obligación, pueda aprobarse el remate a favor de los que le sigan por el orden de sus respectivas posturas. Las cantidades consignadas por éstos se devolverán una vez cumplida la obligación por el adjudicatario». Para que la reserva pueda producirse se requiere petición de ejecutante y aceptación de los postores. Producidas ambas, se procederá a inmovilizar el veinte por ciento consignado por los postores que hayan ofrecido en el acto de la subasta una cantidad que haya cubierto el tipo de la misma (93).

Si cumple el rematante se devolverán los depósitos, sino entrará en juego este párrafo, aprobándose el remate en favor del segundo, y devolviendo los depósitos sucesivos. Si ninguno de ellos consigna el precio, todos perderán sus depósitos retenidos, procediéndose a una nueva subasta (94), salvo, como dice el párrafo 3, R. 15, 131 L.H., que: «con los depósitos constituidos puedan satisfacerse el crédito, los intereses asegurados con la hipoteca y las costas».

(90) En el caso de que se haya adjudicado al acreedor, en pago, si la cantidad del remate es superior a la de la deuda, consignará la diferencia.

(91) En cuanto a los intereses asegurados con la hipoteca, no habrá problemas en su determinación siempre que estén dentro de los límites del art. 114 L.H.; fuera de él hemos observado, como en la práctica, se acude al incidente del art. 929 L.E.C.

(92) No se da aquí el anacronismo que se señala respecto del art. 1.500,3 L.E.C., pues en este caso la postura mínima coincide con el tipo.

(93) Entiende PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 774, refiriéndose a esta reserva, «que es una innovación de dudosa conveniencia, por la inmovilización de bienes que supone, en perjuicio del deudor», añadiendo en la página siguiente: «El precepto añadido no indica hasta qué número de aspirantes se puede llegar y cuál es, por tanto, el tiempo de espera del deudor para ver resuelta su situación...».

(94) Que será reproducción de la anterior.

¿Qué destino se dará a los depósitos perdidos? Según el párrafo 3, R. 15, 131 L.H. En primer término a satisfacer los gastos que origine la subasta o subastas posteriores, y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y costas. Se atiende aquí a los gastos de la nueva subasta «o subastas posteriores», excepción que no aparece en el párrafo 2 del art. 1.513 L.E.C. y por ello no le será de aplicación la observación de PRIETO CASTRO hecha en la página 779 de su Tratado tantas veces citado y a la que nos remitimos; y en caso de remanente se destinará, como dice la norma señalada, al pago del crédito, intereses y costas.

No aparece recogida, en esta R. 15, 131 L.H., la última parte del párrafo segundo del art. 1.513 L.E.C. que hace referencia a «responder de la disminución del precio que pueda haber en el nuevo remate» (95).

El orden señalado ha de seguirse rigurosamente, de tal manera que hasta que no se hayan cubierto los gastos de la subasta, no se podrá pasar al apartado siguiente (96).

Si no se hubiera solicitado la reserva que hemos visto, o si no se hubiere aceptado la petición por los licitadores y el rematante no consignara el precio en el plazo antes señalado, el actor, el deudor hipotecante, o el tercer poseedor o fiador real (97) en su caso, sin conceder audiencia ni recurso al rematante, solicitarán (98) que se deje sin efecto el remate y se reproducirá la subasta celebrada.

En el supuesto de que sea el rematante el acreedor, si éste no consigna la diferencia en el plazo mencionado, que se contará desde que se le notifica la liquidación, responderá de cuantos gastos originen la subasta o subastas posteriores, que sea preciso celebrar, y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlas.

Si por el contrario, el pago a que asciende la cantidad del remate se consigna, es decir, se hace efectiva, éste se destinará, según establece la R. 16, 131 L.H., sin dilación, «al pago del crédito hipotecario

(95) VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios...*, cit., pág. 767, dice, refiriéndose al artículo 1.513 L.E.C.: «El orden de preferencia impuesto por el legislador... no parece obedecer a un criterio indiscutible: los "gastos" que origine la nueva subasta en quiebra de la anterior, son también "gastos" de la ejecución y, si al acreedor se ha podido satisfacer el importe de su crédito y el de las costas de la ejecución, no tiene mucho sentido plantearse como problema la disminución que el precio del remate hay apodido sufrir en la nueva subasta».

(96) En el mismo sentido VÁZQUEZ SOTELO, *Comentarios...*, cit., pág. 767; PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, págs. 779 y 780.

(97) La referencia a él no aparecía en la vieja R. 15, 131 L.H.

(98) Estamos de nuevo ante una derogación injustificada del principio de impulso de oficio.

del actor; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quien corresponda, constituyéndose entre tanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto» (99).

Consignado el precio se procederá, según la R. 17, 131 L.H., a dictar un auto aprobando el remate, habiendo desaparecido la frase «en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen», y asimismo la consignación, y ordenando la cancelación de la hipoteca y en su caso la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la R. 4.ª, 131 L.H. (100), debiendo consignarse todas estas circunstancias en el asiento de cancelación (101).

Un testimonio literal del auto, expedido por el Secretario, no creemos que después de la L.O.P.J., art. 281, sea necesario el visto bueno del Juez, aspecto que debió suprimirse en la Ley de 1986; será título bastante para transmitir la propiedad del inmueble y poder inscribirla en el Registro, y esto a diferencia del art. 1.514 L.E.C., que sigue conservando después de la reforma la necesidad de escritura pública, con lo que se encarece innecesariamente la transmisión.

La R. 17, 131 L.H., señala en su último párrafo que se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitara.

La *tercera parte* de las tres que hemos dividido el estudio del trámite, se refiere a la suspensión del procedimiento y a los efectos del mismo.

Por lo que se refiere a la suspensión, aspecto que vamos a ver brevemente, viene recogida en sus cuatro posibilidades en el extenso art. 132 L.H. (102), que no ha sido afectado por la reforma; posibi-

(99) Ver en este punto la opinión de ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., págs. 1.138 y 1.139, en relación al «modus operandi» por parte del órgano jurisdiccional, respecto del reparto del sobrante entre los acreedores posteriores.

(100) En este sentido hay que tener en cuenta el art. 223 del R.H.

(101) En relación a los efectos registrales de la inscripción del auto de adjudicación, puede consultarse ROCA SASTRE-ROCA MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., págs. 1.145 y ss.

(102) Las cuatro posibilidades son: 1.ª Falsedad del título hipotecario; 2.ª Tercería de dominio; 3.ª Cancelación de la hipoteca; 4.ª Diferencia de salto. Todas ellas con las condiciones que el art. 132 L.H. señala. En relación con el primer supuesto, señalar que la Ley permite la suspensión en caso de haberse dictado auto de procesamiento, que entendemos firme, lo que amplía el supuesto a los casos en que se proceda de oficio. En relación con el núm. 2, la referencia a la inscripción hay que entenderla hecha a la escritura de constitución de la hipoteca. En el núm. 3 esta norma debería extenderse al caso de una sentencia que ordenara la cancelación de la hipoteca. En relación al cuarto supuesto se debería agregar la posibilidad de suspender el procedimiento

lidades muy reducidas, como consecuencia de no regir el principio de contradicción que, de admitirse ampliamente, desvirtuaría la esencia del procedimiento, y además no son fáciles de producir en la práctica, según hemos podido comprobar en los autos consultados.

Esta suspensión origina una verdadera cuestión incidental (103) dentro del proceso de ejecución, dando lugar siempre a la paralización del procedimiento, pero sólo en los números 3 y 4, 132 L.H., a la audiencia de las partes; en este sentido el artículo citado señala en su párrafo 2.º: «En el primer caso subsistirá la suspensión hasta que termine la causa criminal, pudiéndose reanudar entonces el procedimiento si no quedase declarada la falsedad», hay que entender que termine por resolución firme (104) y lo mismo para el segundo supuesto que subsistirá hasta que la tercera se haya resuelto por sentencia firme.

La suspensión será definitiva cuando la sentencia penal firme sea condenatoria o la civil favorable del tercerista, produciendo la extinción del procedimiento.

La audiencia de las partes se llevará a cabo citándolos para comparecencia, con un plazo no inferior a cuatro días entre la citación y el momento de la comparecencia, ésta se realizará siguiendo los criterios generales de la L.E.C., con asistencia del Abogado y oyendo a las partes, admitiendo los documentos que se presentaren (105) y decidiendo por auto en los dos días siguientes.

Cuando el Juez por auto acuerde la terminación del procedimiento, ya que no es una suspensión como impropia dice el art. 137 L.H., la resolución será apelable en ambos efectos, y por el contrario la resolución que lo desestima no será susceptible de recurso alguno.

de ejecución por hipoteca cambiaria, por no poderse hacer valer tal hipoteca en determinados casos. También en relación con este núm. 4, ver FRANCO ARIAS, *La oposición a la ejecución en base a un título ejecutivo irregular en el procedimiento judicial sumario hipotecario*, Revista «Justicia», 1983. núm. III, páginas 585 y ss., donde recoge un auto de 25 de enero de 1983 en el que se acoge una causa anómala de suspensión al amparo del núm. 4, 132 L.H.

(103) En el mismo sentido, PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 802, y GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., T. II, pág. 288.

(104) Señala ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.171, en relación con este punto, que esta causa debería sustituirse por la que exigiera como mínimo el auto firme de procesamiento, ya que entiende que en ocasiones los órganos penales admiten fácilmente las querellas.

(105) Entiende SUREDA, *Derecho...*, cit., pág. 139, que a pesar de la expresión de la Ley, cabrían también practicarse pruebas complementarias de confesión y reconocimiento pericial, sin perjuicio de que el Juez, para mejor proveer, acordara cualquier otra. No creemos que esta postura pueda mantenerse, dados los límites en que se permite la oposición y la referencia expresa a los documentos que se hace en el mencionado apartado.

Fuera de estas cuatro posibilidades, cualquier otro tipo de oposición que pudieran formular las partes personadas, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilará en el juicio declarativo que corresponda, sin que su interposición pueda en ningún caso suspender ni entorpecer este procedimiento del art. 131 L.H.

Como consecuencia de esto y para asegurar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse en ese declarativo ordinario podrá solicitar la parte, al entablar la demanda o en cualquier momento posterior, que se retenga toda o una parte de la cantidad que se haya de entregar al acreedor ejecutante, en la forma y condiciones que señalan los párrafos 9 y 10 del art. 132 L.H. (106).

En este caso cuando el procedimiento de ejecución termine con la adjudicación de la finca en pago, la retención no se puede acordar, pues al acreedor no se le entrega ninguna cantidad, para el mencionado supuesto la doctrina se divide, pues hay quien piensa que el ejecutante en este caso debería consignar la cantidad, mientras que SUREDA (107) entiende que la Ley no le faculta para nada más que para retener esa cantidad y no para solicitar el embargo ni el aseguramiento de la finca hipotecada; por el contrario, ROCA-SASTRE (108) cree que se podría, en este caso, solicitar una anotación preventiva que indicara que la finca queda afectada a las resultas del juicio declarativo, postura que creemos la más correcta.

Para cuando el que solicite la retención no tenga solvencia notoria y suficiente el Juez deberá exigir la previa y suficiente garantía para responder en su caso de los intereses de demora y de cualesquiera otros daños y perjuicios que el juicio declarativo pudiera ocasionarle al acreedor ejecutante.

Para terminar estos supuestos de suspensión, señalemos que ni la muerte del ejecutado ni su declaración de quiebra o concurso, ni cualquier otro incidente que esto o los interesados en el procedimiento de ejecución pudieran plantear, suspenderían el procedimiento. Manifestando que el órgano jurisdiccional tiene, en este caso, amplios poderes para admitir o rechazar las causas, es decir, para señalar si la causa alegada está o no recogida en el art. 132 L.H.

En materia de efectos y dejando a un lado la producción de efectos jurídicos materiales en caso de pago o adjudicación de la finca, por lo que se refiere a los efectos procesales, hemos de hacer refe-

(106) PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., T. II, pág. 803, se ve en este caso una «interesante medida cautelar no conocida en el proceso sumario ejecutivo de la L.E.C., porque allí las posibilidades de defensa son mayores...».

(107) SUREDA, *Derecho...*, cit., pág. 142.

(108) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.170.

rencia a los recursos; entendemos con GUASP (109) que, pese a que el legislador sólo habla de apelación en dos supuestos, R. 4, 131 y 132, ambos L.H., las resoluciones del Juez son recurribles en reposición por aplicación de los preceptos generales de la L.E.C., debiéndose cumplir además la exigencia del art. 243,4 L.O.P.J.

Por lo que se refiere a la cosa juzgada material no la produce, en sentido estricto, con la observación que en este sentido hicimos en páginas anteriores, en cuanto que lo resuelto en el procedimiento del art. 131 L.H. puede ser dejado sin efecto por la resolución recaída en un declarativo ordinario, una vez que ésta alcance el carácter de firma, en cuyo caso ésta sí que producirá fuerza de cosa juzgada formal y material.

En relación con las costas serán de cuenta del ejecutado por aplicación supletoria del art. 950 L.E.C. (110). No estamos de acuerdo con ROCA-SASTRE (111) en que no pueda litigarse con beneficio de justicia gratuita, que puede solicitarse y tramitarse incidentalmente en la forma y con los efectos que regula la L.E.C. en sus arts. 13 y ss.

Después de este análisis del procedimiento del art. 131 L.H. con atención especial a la Ley de 14 de mayo de 1986, reformadora de los puntos que hemos analizado en el juicio global, como anticipábamos en la introducción, es positivo, ya que era urgente la adaptación a la reforma operada en la ejecución ordinaria por la Ley de 1984, pues la distinta regulación provocaba situaciones discriminatorias para los titulares de créditos hipotecarios que se veían en la necesidad de abandonar esta vía especial y privilegiada, con detrimento de esa tutela que proclama el art. 24 de la Constitución, para acudir a la del juicio sumario más lenta y por ello más cara.

La necesidad de reformar el art. 131 L.H. se puso ya de manifiesto por los comentaristas de la Ley de Reforma de 1984, pero se ha tenido que esperar casi dos años para que se llevara a efecto.

Pese a este juicio de conjunto favorable no podemos olvidar la crítica al legislador por ese trasplante apresurado y por ello poco meditado y sobre todo por haber dejado pasar la oportunidad que esta reforma le brindaba, para mejorar todos aquellos puntos que hemos ido poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, así como para haber adaptado ya su articulado a las reformas introducidas en la L.O.P.J. No se debe hacer una reforma con unas miras tan estrechas y limitadas, pasando por alto principios como el impulso de oficio.

(109) GUASP, *La ejecución...*, cit., pág. 171.

(110) Las costas de la convocatoria de la subasta inicialmente deberá pagarlas el que la solicita, sin perjuicio de que, si no es el ejecutado, pueda luego repercutirlas.

(111) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho...*, cit., pág. 1.171.

EL PROCESO CIVIL ALEMÁN DE LA EXPERIENCIA DEL MODELO DE STUTTGART Y DE LA NOVELA DE SIMPLIFICACION (VEREINFACHUNGSNOVELLE) DE LA Z. P. O.

El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales *

ANTONIO M.^a LORCA NAVARRETE

Profesor Titular Numerario de
Derecho Procesal
San Sebastián

«Al jurista le corresponde en todo momento hallar el equilibrio que nota perdido en las relaciones entre la vida y el derecho y entre el derecho y la libertad». Faustino Gutiérrez Alviz y Armario, *Política y Justicia*, en «Estudios Jurídicos» (pág. 213).

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Hacia una efectiva concentración procesal (Konzentrationmaxime) a través de una única comparecencia oral (Mündliche Verhandlung) y resultado. — III. La experiencia del modelo de Stuttgart y resultado. — IV. Aproximación al estudio de la Vereinfachungsnovelle. A) en la fase de proyecto. B) Contenido de la Vereinfachungsnovelle una vez que entró en vigor el 1-7-1977. Directrices de la Vereinfachungsnovelle: a) Concentración del procedimiento (Konzentration des Verfahrens). b) Preparación de la comparecencia principal (Vorbereitung des Haupttermins). 1) El Früher erster Termin, 2) El Schriftliches Vorverfahren, 3) Resultado.

* Mi agradecimiento al Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Fritz Baur (Tübingen), al Prof. Dr. Rolf Stürmer (Konstanz) y a la Assistentin Frau Stadler y Assistent Herr Münch (Konstanz), así como a la Deutscher Akademischer Austauschdienst por la concesión de una beca que me posibilitó el estudio del Modelo de Stuttgart.

I INTRODUCCIÓN.

Tras la importante reforma de que ha sido objeto nuestra L.E.C. por Ley 34/1984 de 6 de agosto de R.U.L.E.C. nuestro Proceso Civil tipo fue, ciertamente, objeto de una modificación cualitativamente influyente. No sólo el peso del procedimiento cambiaba de un proceso tipo heredero directo del pesado y lento *ordo iudiciorum privatorum* como era el proceso de mayor cuantía hacia un proceso teóricamente más rápido como el de menor cuantía, sino que además y en el seno de este último se han operado importantes reformas como para que pueda expresarse que lo que introduce la Ley 34/1984 es propiamente un modelo de proceso civil oral (1) a medio camino en orden a lograr una efectiva concentración del procedimiento a través de la comparecencia de las partes que regulan los arts. 692 y 694 L.E.C.

A medio camino únicamente porque la prueba que fácilmente podría haberse fijado por el legislador en cuanto a su proposición con anterioridad a la comparecencia (o en prácticas de pruebas complejas excepcionalmente en más de una comparecencia), queda en cambio relegada tanto su proposición como su práctica a la posterior realización?? de la comparecencia de las partes, rompiéndose así la aspiración de una efectiva concentración del procedimiento en una única comparecencia como mínimo y sin tener plena constancia legal, por tanto, importantes principios para el propio justiciable, destinatario directo del proceso en orden a su comprensión, como la *oralidad* y la *inmediación* en la práctica de las pruebas.

Pues bien y posiblemente el intento doctrinal más notorio fuera de nuestras fronteras en orden a lograr una eficaz concentración del procedimiento civil (*Konzentrationmaxime*) que conllevará en consecuencia una mayor aceleración (*Beschleunigung*) de las diversas actuaciones procesales pueda deberse al Prof. Dr. Dr. h.c. Baur de Tübingen (R.F.A.), de cuyos esfuerzos he tratado, modestamente, de aprender por una única y simple razón: porque el tipo de procedimiento que la Ley 34/1984 establece para el ahora proceso de me-

(1) GÓMEZ ORBANEJA, E. y otros, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1985, ya señala cómo «la comparecencia que sigue a las alegaciones escritas —pero que no incluye la prueba— es la pieza fundamental de la reforma. Representa un esbozo tímido de oralidad. Servirá de ensayo o entrenamiento para una reforma futura más atrevida si es que no degenera de hecho en mera ratificación oral de los escritos que la preceden. Que no sea así va a depender no de la Ley, sino de los que la apliquen o, mejor, la vivan. Pues no me estoy refiriendo sólo a los jueces y a sus auxiliares, sino a los abogados y a las partes mismas». (pág. 15).

nor cuantía y su importante *vis atractiva* (de 500.001 a 100.000.000 de ptas.), gira todo él, básicamente, en torno a una comparecencia oral o en terminología alemana una *Mündliche Verhandlung* y que con expreso respeto a un sector de la doctrina que ve en dicha comparecencia tan sólo una comparecencia preliminar (??) (2) yo al menos disiento y pienso que con un mayor esfuerzo de planteamiento y tras el estudio de la llamada comparecencia principal (*Haupttermin*) del proceso civil alemán como se experimentó a través del *Modelo de Stuttgart* se podría llegar a un modelo de comparecencia en el menor cuantía y para el proceso civil español, *concentrada, rápida y con plena eficacia de la intermediación procesal*.

No se trata en este caso de afirmar que lo que se hace fuera de nuestras fronteras es siempre sintomáticamente mejor que lo que aquí el Legislador ha realizado. No es eso. Cada esfuerzo de mejorar en un contexto preciso y concreto nunca se puede dejar de ponderar. Yo por ello alabo la labor de nuestro Legislador, pero también es de justicia que aquello que con tesón y esfuerzo se ha conseguido, no sin contratiempos, fuera de nuestras fronteras pueda ser ya aprovechado por nosotros mismos, los que nos dedicamos al estudio del proceso civil.

Mi intención, pues, a través de las páginas que siguen, se halla dirigida a convencer a quienes se constituyan en destinatarios de las mismas que a través de nuestro Proceso Civil se puede alcanzar una comparecencia oral concentrada en la que se lleve a cabo la intermediación en la práctica de las pruebas y por consiguiente pueda alcanzarse una máxima oralidad y celeridad en la realización de las actuaciones procesales.

II. HACIA UNA EFECTIVA CONCENTRACIÓN PROCESAL (*KONZENTRATIONMAXIME*) A TRAVÉS DE UNA ÚNICA COMPARECENCIA ORAL (*MÜNDLICHE VERHANDLUNG*) Y RESULTADO.

Ese intento fue puesto en práctica por el Prof. Baur para el Proceso Civil alemán (3). Sus esfuerzos, luego se concretarían en el *Modelo de Stuttgart* gracias, también, a la colaboración del Juez Bender del L.G. de esa ciudad. La entente Baur/Bender es, por tanto, básica para comprender el *Modelo de Stuttgart* y para justificar con posterioridad la misma *Vereinfachungs novelle*.

(2) Véase, entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, V., *La Ley de reforma urgente de la L.E.C.* Madrid, 1985, pág. 236, y RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, 1985, pág. 495.

(3) BAUR, F., *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Zivilprozess*. De Gruyter, 1966 y Beiträge, 1983.

En gran parte, todo comenzó cuando el Prof. Baur se planteó la necesaria concentración de la *Mündliche Verhandlung* (4) después de que en Alemania y desde hacía algún tiempo no se llevaba a cabo en la *Mündliche Verhandlung* todo aquello que debiera hacerse en el proceso, según el propio principio de concentración y la propia Ley (5) y ello a pesar de que la Z.P.O. postulaba *eine Mündliche Verhandlung* (6) y que partía de la concepción de que su transcurso y su contenido eran la base de la sentencia. En la realidad del proceso la *única* *mündliche Verhandlung* se disolvía en un número sin fin de *mündliche Verhandlung* y todo lo importante para la sentencia — esto es lo más grave— se encontraba en los escritos y protocolos.

De aquí que el Prof. Baur se hiciera la siguiente pregunta: ¿No es más honesto y más acorde con la realidad decirle adiós al principio de la *Mündlichkeit* y decir claramente que el proceso es escrito así como reducir la oralidad solamente a la *Beweisaufnahme* ante el Tribunal? (7).

No obstante, ya la *Prozessrechtsnovellen* de 1924 y 1933 trataron de mejorar la situación al hacer desaparecer la facultad que existía hasta entonces de que las partes dispusieran de los plazos y se activó al Juez con la posibilidad de que por propia iniciativa pudiera preparar la *mündliche Verhandlung*. A pesar de todo ello ni una ni otra Novela impidieron la excesiva dilación de los procesos. En concreto el Prof. Baur pone de relieve cómo ya la exposición de motivos para un proyecto de Z.P.O. de 1931 señalaba con toda razón y con validez para el momento actual que «Quien trata de escuchar la opinión que tenga el pueblo sobre nuestra justicia tiene que constatar que en amplios círculos de ese pueblo una demora en el proceso es sentida con rabia y como la denegación del derecho daña gravemente a la popularidad de la justicia» (8). Con posterioridad ha habido intentos para mejorar la práctica del procedimiento. En particular, en el año 1955 el *Bunderjustizminister* propuso la creación de una comisión cuya tarea fue hacer propuestas para una reforma del Derecho Procesal. Después de un trabajo de seis años la comisión presentó en 1961 un informe muy amplio. Contenía numerosas propuestas que en caso de que se hubieran llevado a la práctica hubieran

(4) Vid. BENDER, Rolf, *Das staatliche Schiedsgericht - ein Ausweg aus der Krise des Zivilprozess?*, en DRiZ, 1976, pág. 193, cuando señala que «Die Theoretische Grundlage für dieses Verfahren hat Fritz Baur, Tübingen in einem 1965 gehaltenen Vortrag gelegt». Se está refiriendo a BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit.

(5) Cifr. paragraf 272 b a.F. Z.P.O.

(6) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 1.

(7) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 1.

(8) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 2.

impedido la dilación de los procesos. El Legislador, sin embargo, no se preocupó en absoluto del trabajo de la comisión.

En consecuencia y en Alemania desde hacía años se conocía la situación lamentable de la práctica procesal (*den beklagenswerten Zustand der Prozesspraxis*) (9) pues a pesar de que la *deutsche Prozessrechtswissenschaft* poseía un alto nivel de conocimientos teóricos no empujaba lo suficiente como para obligar al legislador a llevar a cabo en la práctica sus conocimientos teóricos, ya que no era bastante realizar bellas teorías sobre el proceso si luego la imagen de la justicia que se aplicaba a través del proceso era deplorable, dado que provocaba en las partes un sentimiento de frustración como consecuencia de una justicia lenta que se realizaba de espaldas al justiciable.

La causa de todo ello sin principio de la existencia de otros problemas no menos importantes, habría que hallarla en la total omisión que en la práctica se hacía a la realización de una efectiva *mündliche Verhandlung* y cuyos motivos habría que encontrarlos en los siguientes aspectos:

1. Según el actual derecho constitucional alemán no existía una efectiva protección jurisdiccional contra la denegación de justicia y contra la demora en la prestación de justicia (10). La doctrina que ha intentado justificar la existencia de ese derecho constitucional ya en el art. 19, parraf. 4 G.G. ya en el derecho a la previa audiencia judicial o en el principio del juez legal no prosperó.

No existía, por tanto, una regulación constitucional expresa de la cuestión referida. No obstante, y si se compara este estado de la cuestión con la protección que el ciudadano tiene frente a la Administración que no actúa (paragraf. 2, 75, 76 VwGO) no se puede decir que el legislador no haya visto este problema en su generalidad.

Si por tanto el legislador no ha actuado frente a la actitud pasiva de un Tribunal es porque debe de haber una serie de razones para ello. Una de ellas podría encontrarse en la posibilidad, ciertamente difícil, de que un Tribunal pueda obligar a otro Tribunal a actuar eficientemente a través del sistema normal de recursos ordinarios mediante la segunda instancia. Que así no ocurra puede deberse a la idea preexistente de que el cuerpo de la magistratura es cualificado y éticamente intocable. Pero junto a esto, que no es objeto de duda, también es necesaria la eficiencia y el cumplimiento eficaz de la ley por parte de los propios jueces.

(9) BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 2.

(10) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 5.

Otra razón habría que encontrarla en la afirmación de que un buen juez debería llevar a cabo con una mala ley y deficiente un proceso justo y rápido. Pero la práctica de la propia judicatura pone de relieve que es una utopía pensar que todos los jueces son unos juristas altamente cualificados (11). Pero aparte de esto, la configuración del procedimiento no depende del juez, sino de todas las partes del mismo. Un legislador realista debería, por tanto, basarse en el nivel medio de esas partes y no confiar solamente en que la práctica superará las deficiencias de la ley, lo cual significaría que el procedimiento tendría que estar configurado por ley de tal modo que debiera garantizar siempre un proceso rápido y adecuado.

2. En segundo lugar, cabría preguntarse si una actitud morosa de un Tribunal infringe un derecho subjetivo del demandante. En tal sentido hay que señalar que la realización del derecho material ante el Tribunal es, también, una forma más de actuación de derechos subjetivos que ha de ser tenida en cuenta cuando el demandado no está dispuesto a satisfacer voluntariamente una determinada pretensión. El proceso tiene en esos casos la función de realizar ese derecho material, incluso contra la voluntad del deudor u obligado. De aquí resulta que el proceso tiene una función de servicio frente al derecho material (Daraus ergibt sich aber weiter, dass der Prozess dem materiellen Recht fuegenüber eine dienende Funktion hat) (12). No es, por tanto, autónomo en el sentido de que pueda realizarse sobre reglas que sean el producto de la discreción del juez.

Para, por tanto, garantizar una persecución equitativa del derecho material por un Tribunal todos los procesos deben de hallarse sometidos a unas reglas procesales unitarias que deben de establecer límites estrechos a los poderes discrecionales del juez. De este modo y vista así la cuestión todo proceso que deba cumplir con la función de satisfacer pretensiones, ha de ser sometida a unas reglas procedimentales rígidas. Si el proceso es la aventura del derecho material, entonces en él puede albergarse tanto la posibilidad de la realización del derecho como el peligro de su eliminación. Es necesario, pues, hacer todo lo posible para reducir a un mínimo ese peligro (13). Desde este punto de vista resulta, entonces, que la denegación de la justicia como la gestión procesal morosa constituyen una infracción, también, del derecho material que se quiere hacer valer en el proceso. Cuando se discute sobre la larga duración de los procesos, no cabe duda que, se perturba la paz jurídica y la confianza de la pobla-

ción en la justicia; pero la consecuencia real de esa actitud morosa es mucho más grave: el proceso no cumple con su verdadera función, esto es, la realización del derecho material. Es más, cuando así se actúa se elimina, incluso, el derecho material mismo (14). Y todo ello, en fin, va contra la propia actividad *concentrada* a desarrollar en la *mündliche Verhandlung*.

Ahora bien, ¿qué función tiene la *mündliche Verhandlung* en el proceso? En primer lugar, tiene la función de aclarar lo que quieren las partes (Sie soll zunächst Klarstellen, was die Parteien wollen) (15). El propósito procesal de las partes tiene que ser aclarado y explicado al Tribunal. Junto con ello, claro está, tienen que ser alegados los hechos en los que basan las partes sus pretensiones. En base a los hechos controvertidos se realiza la práctica de la prueba. Una vez que las partes se hayan expresado sobre el resultado de la práctica de las pruebas se dicta sentencia.

Pues bien, a primera vista esta actividad se presenta como evidente y fácil, que puede ser cumplida en un proceso acelerado y rápido si esa expectativa no es muchas veces frustrada en la práctica, lo cual puede deberse a las siguientes razones:

A) Al contrario de lo que sucede con el juez inglés, el juez alemán es informado antes de la *mündlichen Verhandlung* sobre el asunto (Im gegensatz etwa zum englisch Richter wird der deutsche Richter vor der mündlichen Verhandlung über den Sach und Streitstand informiert) (16). Esto se realiza mediante escritos preparatorios que contienen las pretensiones de las partes y las alegaciones fácticas que las fundamentan pero no se prevé un plazo para esos escritos, lo cual quiere decir que las partes pueden hacer sus alegaciones fácticas y jurídicas «etappenweise» sin que el Tribunal pueda rechazar unas alegaciones morosas y tardías en el momento de dictar sentencia. La licitud de la preclusión de alegaciones tardías por el Tribunal dependerá sólo si se puede probar una actitud dolosa tendente a la dilación del proceso, cuando sucede que esa actividad, como enseña la práctica es un arma muy poco eficaz en las manos del Tribunal. Todo ello significa que se pueden, incluso, alegar unos hechos cuando ya se han practicado las pruebas, lo cual a su vez lleva a otro período de pruebas, y de esta manera los escritos siguen a los escritos, las diligencias de pruebas siguen a otras diligencias de pruebas (17).

(11) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 7.

(12) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 9.

(13) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 9.

(14) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 9.

(15) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 10.

(16) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 10.

(17) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 10.

B) Otra razón para la larga duración de los procesos en una instancia es la separación que existe entre la mündliche Verhandlung y la Beweisaufnahme. La Z.P.O. (paragr. 357 a a.F. Z.P.O.) prevé que la Beweisaufnahme a ser posible a de tener lugar dentro de la mündliche Verhandlung. Así también el paragr. 96 VwGO ordena expresamente que el Tribunal ha de practicar las pruebas dentro de la mündliche Verhandlung.

En general todas las Prozessordnungen (18) también prevén que el Presidente del Tribunal puede tomar con anterioridad a la mündlichen Verhandlung todas las medidas que hagan posible una Beweisaufnahme durante la mündlichen Verhandlung y a ser posible que el proceso se lleve a cabo en una única comparecencia oral (in einer mündlichen Verhandlung) (19), pero en la práctica, al menos en el proceso civil, ese ideal de la ley constituye la excepción absoluta. En consecuencia ¿a qué se debe el divorcio existente entre las propias disposiciones de la ley y la práctica judicial? Un análisis profundo de la causa de ese divorcio demuestra que la misma se halla en el modo en que se encuentra construida la propia ley (in der Konstruktion des Gesetzes selbst liegt) (20): la ley parte de que el Tribunal es informado precisamente por escritos sin poner, sin embargo, un límite para la preparación de la comparecencia oral (die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung) (21) por esos escritos. Por el contrario, la práctica demuestra que la información al Tribunal se hace «tropfenweisen» hasta la misma mündlichen Verhandlung y nada prohíbe a las partes hacer nuevas alegaciones en la misma mündliche Verhandlung. De este modo no se discute en la mündliche Verhandlung sobre unos hechos ya conocidos por las partes y el Tribunal, sino que por el contrario la base fáctica del proceso ha de ser elaborada durante la propia mündliche Verhandlung, circunstancia a la que el juez está, incluso, obligado por el paragr. 139 Z.P.O. Incluso a menudo ni tan siquiera esa aclaración de los hechos era posible en las mündlichen Verhandlung, ya que una de las partes no había tenido tiempo para preparar las alegaciones nuevas de la otra parte, siendo por tanto necesario recurrir a la escritura para que la parte pueda contestar a las nuevas alegaciones. De este modo se comprende fácilmente la imposibilidad de llevar a cabo una inmediata Beweisaufnahme.

(18) Paragraf. b a.F. Z.P.O.; paragraf. 56 ArbGG; paragraf. 87 VwGO; paragraf. 79 F.G.O.

(19) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 11.

(20) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 11.

(21) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 12.

En consecuencia y si se quiere pensar en remedios, el sistema inglés de procedimiento tampoco viene a ser la solución ya que ese sistema se caracteriza precisamente por la circunstancia de que el juez llega a la Hauptverhandlung sin tener informaciones previas y que por lo tanto los abogados de las partes son los que preparan el Termin y son los responsables de la aplicación en la práctica de los distintos Beweismittel (22). La solución en todo caso vendría sin renuncia a la propia tradición del proceso civil alemán a través de las siguientes reformas: a) información del juez sobre el asunto antes (vor) de la mündlichen Verhandlung. b) reparto de la responsabilidad en el suministro de los hechos entre el Tribunal y las partes. y c) práctica de las pruebas (Beweisaufnahme) ante el mismo Tribunal. Dentro, pues, de esas vertientes deberían buscarse las posibilidades para una aceleración (Beschleunigung) del proceso, y en tal caso la propuesta partiría de la hipótesis de que la mündliche Verhandlung y la Beweisaufnahme han de ser concentradas siempre y obligatoriamente en una sola Termin. Para que esto sea posible será necesario un preprocedimiento que consista en un intercambio limitado de escritos y que culmine en una comparecencia preparatoria (23). El punto de partida de esta propuesta es la Hauptverhandlung del proceso penal (24) a través de la StPO que posibilita llevar a cabo asuntos penales en una única Hauptverhandlung, pues la idea de que la vista (Hauptverhandlung) pueda derivar en multitud de Terminen es totalmente ajena a ese procedimiento. La ley consigue esto a través de dos medidas. Por una parte a través de una buena preparación de la Hauptverhandlung y por otra mediante la prohibición de suspender esa Hauptverhandlung durante un período superior a 10 días (für eine längere Zeit als 10 Tage) (25). La preparación de la vista (Hauptverhandlung) compete en el proceso alemán al Ministerio Fiscal (Staatsanwaltschaft). En sus manos queda la instrucción sumarial (Ermittlungsverfahren) y con ello se garantiza que los hechos importantes para la decisión del Tribunal serán aclarados y presentados al mismo en el escrito de acusación (Auklageschrift). De este modo se consigue que toda la fundamentación fáctica del proceso sea conocida para el Tribunal y el acusado con anterioridad a la vista (vor der Hauptverhandlung) pública. Las partes de antemano saben que el asunto será decidido en tan sólo una vista pública (in dieser einen Hauptverhandlung) (26). Por supuesto, también puede

(22) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 13.

(23) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 13.

(24) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 13.

(25) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 14.

(26) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 14.

haber sorpresas en la vista pública (Hauptverhandlung) del proceso penal, ya que es posible que asimismo se pidan nuevas pruebas y que la Hauptverhandlung deba ser suspendida si esas nuevas pruebas no pueden ser presentadas inmediatamente en la misma Hauptverhandlung (wenn die neuen Beweismittel nicht sofort herbeigeschafft werden Können) (27). Se impide, sin embargo, que esto lleve a una demora en el proceso, ya que el paragraf. 228 StPO dispone que la suspensión de la Hauptverhandlung no puede ser superior a 10 días, pues de lo contrario habría que comenzar un nuevo procedimiento (28). Posiblemente el paragraf. 229 StPO se basa en primer lugar en la idea de que el Tribunal en caso de una suspensión larga de la Hauptverhandlung no tendrá presente el resultado de la misma. Pero por lo menos de un modo inmediato ese precepto consigue una concentración de la vista (Konzentration des Hauptverhandlung) de resultados muy favorables. En consecuencia el prof. Baur se pregunta ¿por qué no va a ser posible una regulación semejante en el proceso civil? (29). Se podría objetar que el fiscal (Staatsanwaltschaft) tiene en el proceso penal mejores posibilidades de aclarar los hechos antes de la Hauptverhandlung que el demandante (Kläge) y el demandado (Beklagte) en el resto de los procesos, al poder solicitar la ayuda de la policía, así como averiguaciones del Tribunal. Pues bien, esas posibilidades, es cierto que no las tienen las partes en los demás procesos. En consecuencia, pues, la circunstancia de que el Tribunal esté informado mejor en el proceso penal, se basa, por tanto, en la posición del Staatsanwaltschaft que puede actuar a través de la acción pública. Esta objeción es correcta pero no es un motivo de resignación, sino motivo para pensar el cómo con otros procedimientos se puede llegar a un resultado parecido al igual que en el proceso penal. La propuesta del prof. Baur es: adelantar a la mündliche Verhandlung un preprocedimiento (Vorverfahren) que culmine en una comparecencia preparatoria (30). Esta propuesta se basa para el prof. Baur en la siguiente experiencia: Los intereses opuestos de las partes, la lucha por la justicia llevan a una aceleración de los hechos en ocasiones más profunda que las averiguaciones que pueda llevar a cabo el Staatsanwaltschaft ya que son numerosos los procesos civiles iniciados una vez terminados los procesos penales. Así ocurre en los procesos por indemnizaciones, que siguen a los procesos penales en los asuntos de accidentes de tráfico. Es exactamente en esos procesos cuando se palpa que los intereses opuestos de las partes llevan

a una aclaración más completa que la llevada a cabo en el proceso penal. Si esto es así y es correcto, tiene por tanto que ser posible utilizar el conocimiento de las partes y el resultado de sus averiguaciones privadas fomentadas por sus intereses de ganar el proceso antes ya de la comparecencia a través de un procedimiento, de tal modo que tanto el Tribunal como las partes tienen ya presentes los hechos con anterioridad a la comparecencia oral de igual modo que en un proceso penal (31).

Este preprocedimiento (Vorverfahren) podría tener la siguiente estructura: El derecho procesal vigente alemán obligaba a fijar la fecha para la mündliche Verhandlung inmediatamente después de la demanda y además en un plazo que sólo permite que el demandado pueda contestar a la demanda. Esto ocasiona una actividad demasiado pronta, dado que el juez sólo en base a la demanda no puede por lo general saber cuál va a ser el núcleo importante de la contienda jurídica o cuáles van a ser los hechos controvertidos. La fijación, pues, de la fecha para la comparecencia debería estar precedida por un intercambio limitado de escritos de las partes. En esos escritos las partes deben formular sus pretensiones procesales, sus alegaciones fácticas y sus medidas de prueba con presentación de todos los documentos a los que deseen acudir. Por otro lado, la obligación del juez de informar a las partes que aparece en el paragraf. 139 Z.P.O. debería extenderse al procedimiento, asimismo el juez debería dirigir el intercambio de los escritos a través de la fijación de una serie de plazos pudiendo informar a las partes sobre los puntos que según su opinión necesitan aún más aclaración (32).

Resultado. La teoría que desarrolla el prof. Baur encaminada hacia la efectiva concentración de las actuaciones judiciales en una única comparecencia oral (Mündliche Verhandlung) es, sin duda, enormemente sugestiva y atrayente. La ausencia de una efectiva mündliche Verhandlung en la práctica procesal alemana que habría desembocado en un procedimiento escrito obligaba a revitalizar la institución, con todo lo que ello suponía de enfrentamiento a unos procesos cada vez de mayor duración. No cabe duda de que la Konzentrationmaxime secularmente olvidada por nuestros procesalistas y legisladores que han actuado de consuno de espaldas a ella, es un instrumento enormemente valioso para atajar la larga duración de los procesos. Este aspecto que preocupaba al prof. Baur queda para él, sin duda, resuelto, pero el que yo ahora trato de plantear, además, es otro que, aunque distinto, no deja de tener una evidente conexión con la dura-

(27) Vid. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 14.

(28) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 14.

(29) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 14.

(30) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 15.

(31) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 15.

(32) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., págs. 15 y 16.

ción excesiva de los procesos. Esto es, el legislador por ley puede fijar unos plazos rígidos de obligado cumplimiento y por ello es lícito pensar que con tales plazos debería existir un promedio más o menos estable de duración de los procedimientos. Esto efectivamente salvo hipótesis de notoria flagrancia siempre denunciables puede lograrse en nuestro actual modelo tipo de proceso civil. Pero es que sucede que aun cumpliendo la L.E.C. en sus más estrictos términos y en consecuencia, todos sus plazos, al hacerlo así quien actúa de ese modo lo está haciendo en un plano de dudosa constitucionalidad por actuar en contra de un modelo de procedimiento concentrado encaminado a lograr una más efectiva tutela judicial dentro de un plazo de tiempo razonable (art. 24 C.). Hay que decirlo bien claro, el procedimiento que para el menor cuantía ha alumbrado el legislador de la Novela 34/1984 no facilita en la medida que sería de desear ese modelo de procedimiento concentrado y por consiguiente una mayor tutela judicial efectiva de los intereses de los justiciables. Se ha dado el paso hacia la comparecencia pero incomprensiblemente se ha dejado fuera de ella a la práctica y resumen de las pruebas, fomentando de este modo que exista una separación entre la comparecencia y la práctica de la prueba a través de un mecanismo sumamente artificial y nada racional de acudir en bloque todavía al mayor cuantía de nefastas consecuencias en la práctica pasada. Con esa separación artificial no cabe duda que el proceso se alarga engendrándose un tipo procedimental que en ocasiones podría rebasar el listón constitucional del plazo razonable de duración de un proceso. El modelo que propongo supone, por su parte, lo contrario. Significa llevar la práctica de la prueba a la propia comparecencia, lo cual como consecuencia más inmediata deberá producir una duración de los procesos civiles mucho más razonable y por tanto, con mayores cotas de constitucionalidad (art. 24 C.). Pero no es esto sólo lo que me preocupa ahora, que pese a todo está ahí en la práctica, lo que realmente me motiva la interrogación es precisamente el sentido que puede tener una comparecencia como la del menor cuantía, claramente irracional, estuviese justificado que ni tan siquiera se hablara de concentración del procedimiento. Pero ahora, tras la reforma de la Novela 34/1984 ¿sigue siendo lícito que el procesalismo español persista en el empeño secular de seguir dando las espaldas a un auténtico procedimiento concentrado? Creo que no. Por otro lado, no se trata tampoco de querer trasladar a España el modelo de proceso civil alemán. Soy de la opinión de que no debemos abandonar nuestra propia idiosincrasia, pero tampoco debemos dudar en reclamar nuevos planteamientos sin miedo a las tradiciones siempre que sean necesarios, todo ello además teniendo en cuenta que la propuesta de procedimiento concentrado que hago no sería ajena a mu-

chas leyes de procedimiento (33), pues el punto de partida de la misma puede muy bien encontrarse en la vista de nuestro proceso penal ya que la L.E.Crim. posibilita como bien es sabido el que los asuntos penales se lleven a cabo en una *única* vista pública. En cambio, no me apoyo en una supuesta oralidad e inmediación de los juicios de cognición y verbal, pues en ninguno de sus procedimientos se atisba la existencia de una comparecencia con la compatibilidad que posee, al menos teóricamente, la del menor cuantía, aun cuando la pretendida oralidad e inmediación que ambos procedimientos persiguen es tan sólo a nivel teórico, pues es sabido que en la práctica debido a omisiones y acciones, en gran medida cómplices no se cumple. Es lo más fácil, lo más difícil es evitar que el protagonismo del Juzgado no se trasvase del Juez al «jefe» de la oficina judicial. En consecuencia en el proceso civil español lo más difícil está ya hecho, como es el que el legislador por fin haya al menos concentrado una serie de desiguales actividades procesales en una única comparecencia. Ahora queda, pues, lo más fácil, como es completar esa tarea del legislador y llevar al máximo la concentración que se prevé para la comparecencia del menor cuantía, haciéndola extensiva también a la práctica y resumen de la prueba a realizar en esa misma comparecencia, sin que quede fuera de ella como actualmente sucede según el modelo de la L.E.C. acuñado por la Novela 34/1984 R.U.L.E.C.

Lo que propongo es, por tanto, un modelo de procedimiento concentrado (*Konzentrierte Verfahren*) de evidente proyección hacia una oralidad más correcta, efectiva y racional. Además, y desde el punto de vista constitucional, el modelo de procedimiento concentrado que propongo se ordena mejor a nuestra Constitución desde el momento en que la efectiva tutela judicial de los derechos (art. 24 C.) y el principio de audiencia (art. 120 C.), así como el de publicidad (art. 120 C.) alcanzan su máxima cota de aplicabilidad. Todo ello, claro está, en función de una mayor aceleración del procedimiento que como garantía del justiciable aparece también recogida como un derecho fundamental en nuestra Constitución (art. 24 C.).

Frente a estas ventajas constitucionales atribuibles al procedimiento concentrado cuya realización práctica propongo, sucede que, pese a todo, en nuestro proceso declarativo tipo en cuanto a su *vis atractiva* cuantitativa el de menor cuantía ni respeta una auténtica audiencia de las partes en el procedimiento, ni hace efectiva una verdadera publicidad de las actuaciones judiciales, ni en consecuencia proporciona un deseable nivel de tutela judicial efectiva de los derechos a través de un procedimiento acelerado. La Novela 34/1984

(33) Solución adoptada ya por el prof. BAUR.

de R.U.L.E.C. sería, pues, desde el punto de vista que ahora he expuesto de dudosa constitucionalidad en lo que respecta a la nueva regulación que otorga al juicio de menor cuantía a través de la por ella llamada «comparecencia de las partes» y a esta conclusión puede llegarse, incluso, si la comparecencia de los arts. 692 y 693 L.E.C. se la conecta con la Erste Tagtsazung (34) austríaca, pues aun en ese caso seguiría siendo de dudosa constitucionalidad. La razón de ello es que no se puede hacer depender *racionalmente* un proceso de una fuerza atractiva, ciertamente fuerte, como es el de menor cuantía, que abarca unas cuantías entre 500.000 y 100.000.000 de pesetas de una simple «Audiencia preliminar», pues no otra cosa es la Erste Tagtsazung (35). Ya que si así fuera y constituyéndose la referida Audiencia Preliminar en un trámite fundamental del procedimiento su sólo carácter de «Preliminar» la haría de dudosa constitucionalidad. No llevo a comprender cómo a través de una «simple» «Audiencia Preliminar» que constituye el *centro de atracción* de la tramitación de un menor cuantía puede constitucionalmente darse satisfacción judicial a los derechos, cuando resulta que se trata sólo —repeto— de una actuación preliminar. Por consiguiente algo falla en la Novela 34/1984. Con independencia del hallazgo doctrinal que trata de conectar una realización del legislador español con una institución austríaca, la racionalidad del proceso —y sobre todo teniendo el pensamiento en el justiciable— obliga a plantear la duda de que si basta tan sólo con decir que la comparecencia de los arts. 692 y 693 L.E.C. es tan sólo preliminar. No significaría esto que constitucionalmente se protegerían los derechos sólo a medio camino, esto es preliminarmente y después ya veremos?? Al llegar a este planteamiento no crítico a quienes califican nuestra comparecencia de preliminar, sino que trato de ser consecuente y sobre todo racional con el planteamiento de procedimiento concentrado que propongo. Desde mi punto de vista, quien posiblemente tenga la culpa de este callejón sin salida que es la comparecencia de las partes de los arts. 692 y 693 L.E.C. la tiene el propio legislador al dejar fuera de ella a la práctica y resumen de las pruebas. Sólo cuando esta última actividad se integre en la propia comparecencia se podrá comenzar a pensar en un proceso válidamente constitucional que por tal razón en ningún caso puede producir indefensión en las partes. Pues es preciso asomarse tan sólo un poco a nuestros juzgados para darse cuenta

(34) Decidido mantenedor de esta postura es FAIRÉN GUILLÉN, V., *La Ley de reforma urgente...*, cit., pág. 236 y ss.

(35) Y todo ello con independencia de que en ninguna ocasión la Ley 34/1984 al regular la comparecencia de las partes del menor cuantía, la denomine «Preliminar», sino pura y simplemente: «comparecencia de las partes».

que con lo que ha concebido el legislador a través de la comparecencia ni existe una *auténtica* audiencia de las partes al no ser obligatoria la presencia de los abogados en la misma, luego la publicidad es ciertamente *dudosa* y la inmediatez en la práctica de las pruebas, por último, es *constantemente* violada. El punto, pues, de nuestro legislador es constitucionalmente, ciertamente dudoso, pues para el justiciable un procedimiento que se desarrolla de ese modo ¿le proporciona una efectiva tutela judicial a sus derechos?

En consecuencia, sería preciso un esfuerzo de la magistratura y de la abogacía para dar pleno significado racional a la comparecencia que ha engendrado nuestro legislador. A través de ella la primera piedra hacia un procedimiento concentrado está puesta. Sería un reto que, pienso que vale la pena llevarlo a cabo. En mi opinión el legislador se ha quedado a medio camino desde el punto de vista constitucional.

III. LA EXPERIENCIA DEL MODELO DE STUTTGART Y RESULTADO.

Para comprender bien, aun cuando sólo sea indirectamente el Modelo de Stuttgart, es preciso, ante todo, conocer en primer lugar cómo era el proceso civil alemán antes y después de la Novela de Simplificación de la Z.P.O. que entró en vigor el 1 de julio de 1977 (*Veranschunnovelle zur Z.P.O.*). En principio, es preciso indicar que todo parecido entre el proceso civil alemán y el español (o al menos el existente hasta la ley 34/1984, de 6 de agosto de R.U.L.E.C.) sería una mera coincidencia. El proceso civil alemán antes y después de la Veranschunnovelle era y es, básicamente oral, ya que todo él se debiera ventilar, por regla general, en una comparecencia —juicio— oral (*Hauptverhandlung*); de modo que lo que se acuñó con el Modelo de Stuttgart fue la elección (dentro del marco de la *Hauptverhandlung*) de una vía que condujera al aceleramiento del proceso civil (*Beschleunigung des Zivilverfahrens*) y estuviera lo más cerca posible de la Z.P.O. (36), tratándose así de finiquitar los procesos civiles en una *única* comparecencia oral (*in einer einzigen mündli-*

(36) RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen (Erfahrungen mit dem Stuttgart Modell)*. DRiZ, 1971, pág. 88. También BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen (Ein Bericht über dem Versuch der 20 ZK des Sandgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozessreform auf der Grundlag der geltenden Fesetze zu erreichen)* en DRiZ, 1968, pág. 165, cuando señala que el procedimiento que practicamos en la ZO.ZK es compatible con la Z.P.O. = Crif. «Das von uns praktizierte Verfahren hält sich im Rahmen der geltenden Zivilprozessordnung».

chen Verhandlung) (37) y poniéndose en práctica de modo consecuen- te la concentración del procedimiento (*Vedfahrens Konzentration*) así como el no menos importante principio de la inmediación procesal a través de la presencia del juez en las pruebas (*Unmittelbarkeitsgrundsatz*) (38). Por el contrario en la práctica anterior era normal que esos principios que inspiran la Z.P.O. no fueran aplicados a pesar de que eran considerados como los más importantes. Eran éstos (39):

- El principio de oralidad (*Mündlichkeitsprinzip*).
- El principio de la concentración (*Konzentrationsmaxime*).
- El principio de la inmediación en la práctica de la prueba (*Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*).

Del principio de oralidad (*Mündlichkeitsprinzips*) y del principio de la concentración (*Konzentrationsmaxime*) no quedó casi nada en la práctica con anterioridad a la experiencia del Modelo de Stuttgart (in der Praxis fast nichts mehr übriggeblieben) (40). Por su parte, el principio de la inmediación de la práctica de la prueba (*Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*) era conscientemente violado mediante la no aplicación de preceptos legales no dispositivos (41).

Por el contrario, el máximo uso posible de esos tres principios podía proporcionar resultados sorprendentes (zu übertra schenden Ergebnissen) (42). En tal sentido y con la enseñanza de Baur el 1-1-1967 en el LG de Stuttgart se estableció una nueva ZK, la número 20 para asuntos civiles. Desde un principio se tuvo la intención de iniciar un proyecto de concentrar y de acelerar el proceso civil aprovechando al máximo las posibilidades de la Z.P.O. (das Zivilverfahren miter Ausschöpfung der Möglichkeiten der Zivilprozessordnung so stark wie möglich zu Konzentrieren und damit zu beschleunigen) (43). Como base teórica, la ZK se sirvió de la monografía del prof. Baur «Weg zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Prozess» (44).

(37) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(38) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(39) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág.163.

(40) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág.163.

(41) En concreto, esos tres principios era habitual que fuesen violados con el sistema del juez único (*Einzelrichtersystem*) que se practicaba en el sudoeste de Alemania. Cifr. «Gegen alle drei Prinzipien wird aber bei dem vor allem in Südwestdeustlasnd üblich gewordenen «Einzelrichtersystem» verstossen» en BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»*, cit., pág. 163.

(42) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág.163.

(43) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág.163.

(44) Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1966.

La Cámara estaba compuesta por un director, dos *Landgerichtsräten* y un asesor. Era competente para todos los asuntos civiles de un determinado partido judicial de un *Amtsgerichtbezirk* y además, participaba en los asuntos que le correspondían en la circunscripción de Stuttgart-ciudad. El modo de trabajar de la Cámara debió ser preparado profundamente, ya que era hasta entonces desconocido. En primer lugar, hubo que informar a la abogacía sobre el procedimiento proyectado, lo cual exigió la necesidad de dirigirse a todos los abogados del partido judicial de la ZK. Para ello, se les mandó un escrito en el que se explicaba el desarrollo del proceso civil según el sistema que adoptó la ZK y en el que, además, se daba consejos de cómo podían fomentar y ayudar al trabajo de la ZK (*wie sie die Arbeit der Kammer am Wirkungsvollsten unterstützen Können*) (45).

Otro problema que se presentó con la adopción de la nueva experiencia era el relativo a los peritos (*Sachverständigen*). Los peritos de la ZK estaban acostumbrados a que una vez dictado un *Beweisbeschlusses* se les enviara el expediente y de este modo tenían tanto tiempo como deseaban para hacer su peritaje. Era importante, por tanto, encontrar peritos para las materias de mayor frecuencia en la ZK que estuvieran dispuestos a realizar su peritaje en plazo máximo que no pasara de las dos o tres semanas. Además, había que informar a las partes que actuaban como demandados que no era suficiente que con sólo un día de anticipación a la comparecencia oral buscaran un abogado. Por esa razón se añadió a la notificación de la demanda una cláusula que indicaba que: «La contestación a la demanda tiene que ser entregada como muy tarde hasta el ... en el Tribunal. Se le impone que alegaciones posteriores pueden ser rechazadas o le pueden causar costas adicionales» (46).

Luego cada asunto nuevo es presentado enseguida al Presidente de la Cámara para que éste determine una fecha para la comparecencia oral. La determinación se hace en torno a las ocho o diez semanas después de la entrada de la demanda y además, pone al demandado un plazo para la contestación a la demanda. Al mismo tiempo, dispone la comparecencia personal de las partes y si es necesario la unión a los autos de otros expedientes indicados por el demandante. Asimismo dispone el emplazamiento de los testigos indicados en la demanda, siempre que se espere que sus testimonios sean contradichos por la otra parte. El Presidente nombra después al juez ponente (*Berichterstaten*), que se hace cargo de los autos a partir

(45) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág.163.

(46) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág.163.

de ese momento. El plazo para contestar a la demanda es, por lo general, de tres semanas contadas a partir del día en que se haya fijado el plazo legal de 14 días. Una vez que ha entrado en el Tribunal la contestación a la demanda, el Juez ponente dispone el emplazamiento de los testigos en base a su contenido. Sólo en casos dudosos el ponente informa y delibera con el Presidente. Si el juez ponente considera necesario el encargo a algún perito formula las preguntas que hayan de hacerse al mismo de acuerdo con el Presidente, y una vez que telefónicamente el ponente se ha cerciorado de que el perito puede asistir a la comparecencia oral ya determinada, se despacha el encargo al perito con el objeto de que realice la peritación. Luego el ponente pone un plazo al demandante para que replique y conteste a la contestación a la demanda, que por lo general es de diez a catorce días. En esta fase ya tiene motivos para solicitar informaciones acerca de determinados peritos o sobre la presentación de documentos, etc.

Una vez que haya llegado la réplica —es el momento de hallarse a unos 14 ó 15 días antes de la comparecencia oral— tiene lugar una deliberación preliminar (Vorberatung). Entonces la Cámara se reúne con la composición que va a tener también en la comparecencia oral y el ponente informa sobre los hechos más importantes. Ese informe es grabado mediante un dictáfono (Diktiergerät), tras lo cual comienza la deliberación de la Cámara, siendo en ese momento cuando el juez ponente entra en los detalles de los hechos y en los problemas jurídicos del caso haciendo una propuesta de solución a cada uno de los problemas que surgen. La Cámara delibera sobre todos los problemas y si en el transcurso de la misma surgen dudas, entonces, el juez ponente ha de resolverlas (con la ayuda de la Biblioteca). Una vez finalizada la deliberación, se pone otra vez en marcha el dictáfono (Diktiergerät) y el juez ponente dicta el resultado de la deliberación. Los demás miembros de la sección están aún presentes para la más perfecta terminación de la deliberación. Al final se graba lo que va a ser objeto de prueba y aquello a lo que han de responder los testigos.

En definitiva, este Protocolo (Protokoll) sobre la deliberación preliminar (Vorberatung) es para todos los miembros de la Cámara una ayuda excelente para el día de la comparecencia (Verhandlungstag).

La comparecencia oral ante la Cámara comienza, por lo general, después de formulados los suplicos, después de tomar la declaración a las partes, que casi siempre son emplazadas. Se invita a las partes a relatar los hechos con sus propias palabras, que de acuerdo con la opinión de la Cámara son relevantes para el juicio. Una vez oídas las partes, la Cámara se retira para deliberar sobre el asunto. Se dis-

cute la cuestión de si a consecuencia de la declaración de las partes se han resuelto algunos problemas, o si por el contrario han surgido otros, dado que muchas veces entre los escritos de los abogados y las declaraciones de las propias partes resultan grandes diferencias.

Una vez terminada esta primera parte del Termin se hace, por parte de la Cámara, una propuesta de acuerdo amistoso (Vergleichsvorschlag) entre las partes, siempre que sea posible y si ello no fuera posible, se dicta auto de prueba (Beweisaufnahme) y se toma la declaración a los testigos que han sido emplazados.

En caso de que sea necesario un peritaje, entonces el perito, que estará presente en el Termin, tendrá ocasión de ampliar y de fundamentar su postura.

Una vez terminada la Beweisaufnahme, la Cámara se retira de nuevo para deliberar y discutir el resultado de las pruebas y siempre que sea posible la Cámara también deliberará sobre un Vergleichsvorschlag que podrán hacer las partes. En este caso el Presidente comunica la propuesta de acuerdo a las partes y la explica. En otros casos, el Presidente explica por qué, según la opinión de la Cámara, la demanda ha de ser estimada o desestimada respectivamente.

En caso de que se haya hecho una propuesta de acuerdo, se interrumpe la sección para dar ocasión a las partes de discutir el tema con sus abogados.

En caso de que no se llegue a un acuerdo, ni de que se haya hecho una propuesta, hay que ver si los Plädoyers de los abogados dan la posibilidad a la Cámara de comprobar otra vez sus posturas. Una vez terminados los Plädoyers, la Cámara entra en la deliberación final. Si a través de ella la Cámara estima que han de ser oídos unos testigos que no estaban presentes, entonces se determina junto con los abogados y las partes, fecha y hora para la segunda comparecencia.

La concentración de todo el pleito en una sola comparecencia exige que se calcule la planificación de las respectivas comparecencias con suficiente tiempo para cada caso. En la 20. ZK este modo de proceder se realiza en tres días a la semana con comparecencias. En cada día hay cinco comparecencias, tres por la mañana y dos por la tarde. La duración semanal es de 12 a 14 horas (47).

Pues bien, el resultado de la experiencia del Modelo de Stuttgart se cifra (en sus dos primeros años) en los siguientes datos:

— Entre el 1-2-1967 a 31-12-1967 han tenido lugar 476 Ersttermine (primeras comparecencias) de éstas acabaron con la primera comparecencia (ersten Termin) 411 equivalentes a un 86 %.

(47) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., págs. 164 y 165.

— Entre el 1-1-1968 a 31-3-1968 han tenido lugar 134 Ersttermine y de éstas acabaron con la primera comparecencia (ersten Termin) 118, lo que equivale al 88 % (48).

Todos los asuntos que no finalizaron con la primera comparecencia concluyeron con la segunda, tan sólo en tres casos ha sido necesaria una tercera comparecencia (49), siendo en total la duración media de un proceso, de tres meses (50).

La opinión, por tanto, extendida entre los juristas de que un pleito que tenga por objeto un asunto difícil, necesariamente ha de ser por naturaleza largo, es falsa (51). Con el tiempo la experiencia del Modelo de Stuttgart se iba imponiendo, y de este modo la 20. Zivilkammern finiquitó en 1970 casi el 75 % de los procesos civiles en el ínterin de tres meses; alrededor del 2 % en otros tres meses más, y el resto en los seis meses siguientes y ninguna cuestión quedó pendiente más de un año (*ein Jahr war Keine Sache anhängig*) (52). Asimismo, alrededor del 90 % de los procesos se finiquitaron, fíjese bien el lector, *en una sola comparecencia oral (Etwa 90 % der Prozesse wurden in einer mündlichen Verhandlung erledigt)* (53). Todo ello, pues, como consecuencia del modelo de oralidad que el Landgericht de Stuttgart había adoptado y que iba autodefiniéndose como tal Modelo de Stuttgart. Por su parte, la experiencia de los Tribunales Bávaros con el procedimiento concentrado (*Konzentrierten Streitverfahren*) según el Modelo de Stuttgart, también fueron muy favorables. En Baviera el intento de acomodarse al mismo comenzó en 1969 siendo los resultados crecientes. Así en 1970 se pudo terminar en las *Hauptverhandlungskammern* aproximadamente el 80 % o 90 % de todos los procedimientos después de una única y bien preparada vista de la causa (*Verhandlungstermin*); el resto de los procedimientos fueron concluidos en una segunda sesión (*in einen zweiten Termin*) (55). La duración de los procedimientos (*die Verfahrensdauer*) estaba en el 10,1 % por debajo de los tres meses (el promedio del Land-Landesdurchschnitt es del 52,3 %). En el plazo de 6 meses se pudo concluir el 89,6 % de todos los procedimientos (el promedio del Land es del 71,7 %) (56). Las ventajas del *Konzentrierten Streit-*

(48) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág. 165.

(49) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág. 165.

(50) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág. 165.

(51) Vid. BENDER, Rolf, *Die «Hauptverhandlung»...*, cit., pág. 165.

(52) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(53) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(54) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen. Erfahrungen Bayerischer Gerichte*. DRIZ, 1972, pág. 54.

(55) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(56) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

verfahren son todavía más claras en las causas acabadas a través de sentencias contradictorias (*durch streitiges Urteil*). En las causas comunes (*gewöhnlichen Prozessen*) la *Hauptverhandlungskammer* pudieron concluir en el plazo de tres meses el 42,3 % de los procedimientos concluidos con una sentencia contradictoria (*durch streitiges Urteil*) (el promedio del Land es del 13,5 %). En el plazo de 6 meses fueron concluidos el 75,5 % de estos procedimientos (el promedio del Land es del 37,2 %). Por su parte, las cuestiones matrimoniales (*Ehesachen*) terminadas con sentencias contradictorias (*durch streitiges Urteil*) en el 79,7 % en un plazo de 3 meses, fueron eliminadas y en el 93,5 % en un plazo de 6 meses (el promedio del Land es del 60,8 % y del 80,8 %) (57).

En el comienzo del ejercicio (*Geschäftsjahres*) de 1971 practicaban el procedimiento concentrado (*das Konzentrierte Verfahren*) 20 Zivilkammer y 2 Zivilkammer para asuntos comerciales (*für Handelssachen*) junto a 14 Landgericht —a veces con modificaciones, como en la adopción de una comparecencia previa (*einen frühzeitigen ersten Verhandlungstermin*) (58).

Los resultados del primer semestre de 1971 en todas esas Cámaras muestran que más del 80 % de los procedimientos fueron concluidos en la segunda comparecencia (2. Verhandlungstermin). Aproximadamente el 75 % de los procesos estaban concluidos al final de los 3 meses y más del 90 % de los procedimientos en menos de 6 meses. Resultados muy buenos obtuvieron especialmente una Cámara Civil (*Zivilkammer*) y una Cámara para asuntos comerciales (*Kammer für Handelssachen*) en el Landgericht 1 de Munich, con ello se muestra que el procedimiento concentrado (*Konzentrierte Verfahren*) es útil, también en grandes Tribunales (*sehr grossen Gerichten*) (59) y también para las sentencias pronunciadas colegiadamente (*Spruchkörper*), que trabajan en orden al aceleramiento de los procesos (*zur Verfahrensbeschleunigung*) (60).

Asimismo en los informes (*Erfahrungsberichten*) de los Presidentes de Cámaras (*Kammervorsitzende*) se indica asimismo que, las reservas de la abogacía contra el procedimiento concentrado (*Konzentrierte Verfahren*) han podido ser eliminadas. Los abogados reconocen las ventajas del procedimiento para su actividad y asimismo, los informes reconocen que el Modelo de Stuttgart tiene efectos positivos para las partes, pues éstas siguen mejor el transcurso del proceso y entienden mejor su conclusión a través del pronunciamiento

(57) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(58) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(59) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(60) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

oral de los considerandos de la sentencia (mündliche Urteilsbegründung) lo que es bien acogido por las partes (61).

Resumiendo, pues, de los 53.865 procesos concluidos en los Landgericht de Baviera en 1970 (In 1. Instanz) (62), 3.918 fueron concluidos por las *Hauptverhandlungskammern*. De esta manera se contribuyó a la aceleración del proceso civil (Beschleunigung der Zivilprozesse), teniendo todo ello sus efectos en la estadística general, pues en el año 1970 se pudo concluir el 71,7 % de los procesos en el Landgericht de Baviera en el plazo de 6 meses (en el año 1969 era el 69,5 %; en 1968 el 67,7 %). Más de un año duraron el 12,4 % de los procesos (en 1969 el 13,6 % y en 1968 el 14,0 %) (63).

No obstante, las claves de ese éxito no son mágicas y pueden hallarse en los siguientes motivos (64):

— que con el litigio pendiente —y esto es importante— *se negocia* y por consiguiente la comparecencia no se reduce a una mera recopilación de datos (*dass in Rechtsstreit verhandelt und nicht Geschriebenes zusammen getragen wird*).

— que la comparecencia *se prepara a fondo* (*dass die Verhandlung gründlich vorbereitet wird*).

— que las partes del proceso toman parte en el mismo en el más amplio sentido del término *participar*, pues se trata de algo tan importante como *su* proceso (*dass die Prozessbeteiligten in wahrsten Sinne des Wortes wieder an ihren Prozess beteiligt sind*).

— que es la propia Cámara (y no alguien por ella) la que directamente conduce el proceso (*dass die zur Entscheidung berufene Kammer unter Verzicht auf jede Delegation ihrer Verantwortung selbst vorbereitet, verhandelt, vergleicht und entscheidet*), de modo que todos esos rasgos (esenciales en el Modelo que iba acuñando el Landgericht de Stuttgart) no por ser obvios se dejaron de cumplir, siendo el resultado un proceso civil funcionalmente más válido (überschaubarer), más resolutorio (zielstrebig), más vivo (lebendiger) y finalmente más satisfactorio (befriedigender) (65) y que lógicamente provoca el que «en la Cámara da de nuevo gusto ser juez» (*in der Kammer mache es wieder Freude, Richter zu sein*) (66).

Respecto de los abogados, es preciso indicar que ellos son una pieza fundamental en el modelo de Stuttgart. De ellos depende en

gran medida el éxito del Modelo, pues, insisto en que ellos mismos deben posibilitar una amplia preparación de la comparecencia oral (eine unfassende Vorbereitung der mündlichen Verhandlung) (67), así como que estén dispuestos a aceptar la comparecencia oral como el foro donde se disputan las cuestiones de su mandante (*die mündliche Verhandlung als das Forum zu akzeptieren, auf dem der Kampf um die Sache ihres Mandanten angetragen wird*) (68), de modo que ese tanto más de trabajo y energía que el Modelo de Stuttgart les exige es al mismo tiempo un requisito indispensable para el pronto y eficaz fin del proceso, que posee su contrapartida en el evidente ahorro que experimenta el abogado en trabajo a destajo, lento y no racional que devora nervios, tiempo y costos. Esa irracionalidad (*unrationeller Stückerarbeit*) (69) es la que en gran medida trata de evitar el Modelo de Stuttgart.

Por lo que se refiere a las partes en el proceso, éstas, si están realmente convencidas de que el proceso va a ser la solución a sus controversias jurídicas; el Modelo de Stuttgart es el medio adecuado. La parte que espera sacar provecho de una larga andadura del proceso es la que únicamente tiene motivos para quejarse del procedimiento de Stuttgart, pues con él sus posibilidades de dilatar el proceso quedan reducidas a un mínimo (*seine Chancen, den Prozess zu Verschleppen, reduzieren sich auf Minimum*) (70). En cambio, las partes interesadas en el proceso que esperan del Juzgado un tratamiento del mismo intenso (*vom Gericht eine intensive Bearbeitung*) (71) y una rápida solución del conflicto (*und schnelle Lösung des Streitfalles*) (72) y que en los procedimientos convencionales ven consumir sus esperanzas de una vista a la otra sin comprender realmente los acontecimientos del proceso, tienen la oportunidad de vivir con el Modelo de Stuttgart, una disputa concentrada (*Konzentriertes Ringen*) (73) para solucionar sus conflictos, la cual es comprensible a cualquier lego en Derecho que, además, puede tomar parte en ella. Las partes, pues, no sólo escuchan su propia exposición de las circunstancias y los argumentos de sus propios abogados, sino también la exposición de la parte contraria y sus argumentos, así como las contradicciones en las declaraciones de los testigos. De este modo, las partes al vivir los acontecimientos del proceso que discurre de manera comprensible para él obtiene una imagen más correcta (*ein*

(61) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(62) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(63) HERBST, Gerhard, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 54.

(64) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(65) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(66) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(67) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(68) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 88.

(69) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(70) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(71) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(72) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(73) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

zutreffendes Bild) (74) de la situación de las cosas y de las posibilidades del proceso. Aspectos todos ellos que en el modelo tradicional de proceso civil alemán era difícil que se consiguiera satisfactoriamente.

En cuanto a los testigos esenciales (*wesentlichen Zeugen*) para la decisión del proceso hay que indicar que son citados para la comparecencia (*Verhandlungstermin*) aunque el Modelo de Stuttgart se propone llegar con ellos a soluciones sin que haya sido necesario interrogarlos formalmente (*ohne dass die Zeugen förmlich vernommen zu werden brauchten*) (75), pues en ocasiones la sola presencia del testigo esencial (*wesentlichen Zeugen*) puede ser suficiente para eliminar en el marco de las declaraciones de las partes los puntos de litigio que se han presentado y que conocen los testigos.

Por último, y si por exigirlo el proceso, se requieren informes periciales (*Sachverständigen Gutachten*), entonces la intervención del perito tiene siempre lugar *«vor dem (ersten) Verhandlungstermin»* (76). En el Modelo de Stuttgart el problema se podría hallar en la necesidad de encontrar peritos a los que se les pueda comprometer en un plazo corto para la elaboración de sus informes. Pero tal problema no existe, sobre todo cuando al perito le habla el ponente personalmente por teléfono (*durch den Berichterstatter persönlich (telefonisch) angesprochen*) (77) y le informa oralmente sobre las pruebas y del desarrollo del proceso. Es más, y para ciertos peritajes muy comunes la propia Cámara tiene peritos «propios» (*«eigene»*) (78) y que venían actuando a través del Modelo de Stuttgart.

En fin y una pieza fundamental para el Modelo de Stuttgart es la existencia de una oficina judicial (*Geschäftsstelle*) que trabaje cuidadosamente cada comparecencia, lo cual curiosamente, ni supone aumento de personal ni de costos. Lo primero porque no se suele recurrir a un Secretario (*Protokollführer*) sino que las actas de la comparecencia las levanta o bien un miembro de la misma Cámara o un licenciado en Derecho asignado a la Cámara y con fines de formación. En cuanto a los costes, tampoco son excesivos porque por ejemplo el gasto de recogida de testimonios se reduce considerablemente al utilizarse como medio de documentar las declaraciones de testigos las cintas magnetofónicas (79) y estenografía (80).

(74) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(75) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(76) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(77) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(78) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

(79) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89, y ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrechts*. DRiZ, 1973.

(80) Cifr. RUDOLPH, K., *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 89.

Las experiencias, pues, llevadas a cabo en el Landgericht de Stuttgart, demostraron que era posible concentrar el procedimiento en una única comparecencia oral (*eine einzige mündliche Verhandlung*) (81) en el marco de la legislación procesal vigente (*im Rahmen der geltenden Zivilprozessordnung*) (82) y que la misma podía llevarse a cabo a través de unas pocas modificaciones de la Z.P.O. (83). En concreto y por lo que se refiere al Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, es tan importante para la experiencia de Stuttgart que se lleva a cabo sin excepción alguna (*dass wir ihn ausnahmslos durchführen*) (84), lo que significa que en cada una de las comparecencias participan en su práctica desde el principio hasta el fin todo el Tribunal en pleno. En particular, lo que se hace es que con el consentimiento de las partes se graban las declaraciones originales de los testigos y peritos y luego se graba en una cinta separada un resumen de esas declaraciones (85), de modo que este modo de trabajar tiene muchas ventajas, porque:

1. Se reduce la duración de la comparecencia en un 25 % (86).
2. Que el escribiente (oficial) no tiene por qué participar ya en la comparecencia (87).
3. Que el resultado de la prueba aparece ya resumido (88).
4. Que siempre que sea necesario se tiene a disposición el texto original de cada una de las declaraciones de los testigos, lo que da a conocer, también, cómo se llegó a esas declaraciones (89).

Todo ello, claro está, supone una sensible reducción de trabajo para la Secretaría del tribunal.

Resultado. Después del paso que nuestro legislador ha dado tras la Novela 34/1984 de R.U.L.E.C., el modelo de comparecencia que en la misma se establece para el menor cuantía puede ser en un primer momento el escenario adecuado para llevar a cabo una efectiva *Mündlichkeitsprinzip*, una *Konzentrationmaxime* y en fin una *Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*. No se comprende cómo a estas alturas del siglo XX nuestro país, hasta hace bien poco, desconocía olímpicamente esos tres principios básicos para construir un proce-

(81) Vid. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 165.

(82) Vid. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 165.

(83) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

(84) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

(85) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

(86) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

(87) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

(88) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

(89) Cifr. BENDER, Rolf, *Die Hauptverhandlung...*, cit., pág. 166.

dimiento con unas mínimas posibilidades de tutela efectiva de los derechos (art. 24 C.). Con la nueva Novela del 84 de R.U.L.E.C. el panorama ha cambiado sensiblemente, pero aún no se ha dado el paso decisivo, se siguen burlando esos tres principios básicos con grave deterioro para la justicia misma, para su imagen y para el justiciable, sin perjuicio de la actividad de los propios profesionales del Derecho. Insisto, que la Novela de 1984 puede coadyuvar en un primer momento a hacer efectivos esos principios consustanciales con el procedimiento. Llama la atención cómo en la consulta de cualquier manual patrio sobre Derecho Procesal Civil, esos principios sólo son mencionados de pasada (cuando ello ocurre), lo cual da la impresión, también, que vivimos —al menos yo— en otra galaxia procesal. En el Derecho Procesal, como en otras cosas, ha llegado el momento de acercarnos a los modelos de procedimiento que nos son más próximos y racionales. Por ello y a través de la comparecencia que se instaura para el menor cuantía, no me cabe duda de que se puede alcanzar un procedimiento concentrado enormemente más racional que el actual, una vez que comienzan a estar lejanos los tiempos del desventurado e irracional mayor cuantía que tanto ha ayudado a crear una mala imagen de la justicia española. Por todo ello, hay que exprimir al máximo la comparecencia de las partes del menor cuantía y hacer efectiva en la misma esos tres principios básicos a los que aludo al principio de este Resultado.

IV. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA VEREINFACHUNGSNOVELLE UNA VEZ QUE ENTRÓ EN VIGOR EL 1-7-1977.

DIRECTRICES DE LA VEREINFACHUNGSNOVELLE.

El examen de la Vereinfachungsnovelle supone, en principio, el siguiente esquema: A) Estudio en fase de proyecto y B) Sus directrices.

A) Pues bien, la Vereinfachungsnovelle en la etapa de proyecto fue objeto de una breve información por Rogge en DRiZ, 1973 (pág. 381 y ss.) (90); señala este juez en Düsseldorf que, la pieza esencial del proyecto de la Novela de aceleración (das Kersnstück des Entwurfs der Beschleunigungsnovelle) (91) era la introducción del Stuttgarter Verfahrens y aunque el primer proyecto de la Novela no tenía

(90) El nuevo proyecto introducía un cambio, no sólo en la calidad del nuevo procedimiento sino en cantidad. Sólo en el campo de la zivilprozessordnung el número de párrafos afectados superaba más de doscientos.

(91) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrechts*. DRiZ, 1973, pág. 385.

previsto ese procedimiento en su última redacción se introdujo. No obstante, a su introducción se opusieron reparos que provenían de aquellos Tribunales en los que el exceso del trabajo impediría una más completa atención a la mündliche Verhandlung. Por ello, una introducción optativa de la Vereinfachungs novelle fue aceptada por la unión de jueces y abogados (von Richterbund und Anwaltverein begrüßt werden) (92). En consecuencia, el nuevo proyecto de la Vereinfachungs novelle seguía su tendencia en esa línea pero introducía una serie de matizaciones. Estas eran las siguientes: A) Así la mündliche Verhandlung debería concentrarse en una comparecencia principal (Haupttermin) lo más amplia posible que podía ser preparado o bien mediante una precomparecencia (einen vortermin) (93) o bien a través de un preprocedimiento escrito (ein schriftliches vorverfahren) (94). La elección entre un camino u otro la tendría que hacer el Presidente de la Cámara (vorsitzende). Si se decide por el procedimiento con una precomparecencia (für das Verfahren mit Vortermin) (95) entonces esa precomparecencia puede ser preparada a través de los Anordnungen. Esa precomparecencia no sólo serviría de preparación de la comparecencia principal (mir der Vorbereitung eines Haupttermins) (96), sino que podrá llevar a la conclusión del proceso mediante una Versäumnisurteil. Sólo cuando la cuestión litigiosa no ha prosperado suficientemente en la precomparecencia (Vortermin) seguirá la comparecencia principal (Haupttermin). Por el contrario, si el Presidente de la Cámara se decide por el preprocedimiento escrito (für das schriftliche Vorverfahren) (97) es preciso preparar el Haupttermin, lo cual implica el que el Presidente se dirija al demandado solicitándole (en el plazo de dos semanas) si se va a defender. Si el demandado no se define en ese plazo a petición del demandante, el preprocedimiento escrito acabaría sin necesidad de una comparecencia oral (ohne mündliche Verhandlung) o sea una versäumnisurteil in schriftlichen Verfahren (99).

Por último y si se llega a un Haupttermin éste tiene que ser abierto con una introducción (Einführung) (100) del Tribunal, a lo que sigue inmediatamente la práctica de las pruebas (Beweisaufnahme) y el Prozesstoff con las partes. La sentencia deberá pronunciarse in-

(92) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(93) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(94) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(95) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(96) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(97) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(98) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(99) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(100) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

mediatamente después, o en casos excepcionales puede ser leída en otra comparecencia tres semanas más tarde. En cuanto a cuestiones propias de la Secretaría judicial (Protokollierung), son, también, objeto de importantes cambios. En tal sentido y según la propuesta del proyecto, sólo podían tomarse por escrito los apuntes de gran volumen (mir in Kurzschrift zulässigen volänfigen Anzeichnungen von Protokollmiederschriften grösseren Umfangs) (101) sin perjuicio de la grabación en cintas magnetofónicas (auch mit einen Tonträger aufgenommen werden Können) que a través de la Vereinfachungs-novelle han sido introducidas con importante éxito (102). C) El proyecto además introducía modificaciones importantes en cuanto a la sistematización del juez único (Einzelrichter) tal y como ha quedado el actual paragr. 348 Z.P.O.

B) La Vereinfachungs-novelle supuso una modificación sustancial de la Z.P.O., concretamente los paragr. 261 a 283 Z.P.O. fueron modificados por completo; son actualmente nuevos, los paragr. 271 a 280, 282 y 283 Z.P.O.; los paragr. 261 b hasta el 270 han sido objeto de cambio en cuanto a sus enunciados; el paragr. 261 ha sido modificado y otros suprimidos o introducidos en otros preceptos. Con la Novela de reforma, es preciso destacar los siguientes aspectos afectados:

— El inicio y las consecuencias procesales de la litispendencia (Rechtshängigkeit) paragr. 263 a.F. Z.P.O. Esta norma figura ahora bajo la inclusión del paragr. 281 a.F. Z.P.O. como paragr. 261 Z.P.O. nueva redacción.

— Las consecuencias materiales de la litispendencia (paragr. 267 a.F. Z.P.O.) ahora paragr. 262 Z.P.O.

— La modificación de la demanda (Klagänderung) (paragr. 264 a.F. Z.P.O.) ahora paragr. 263 Z.P.O.

— La modificación del suplico (Antragsänderung) (paragr. 268 a.F. Z.P.O.) ahora 264 Z.P.O.

Mientras que los paragr. 265 y 266 no han sido afectados, los demás preceptos referentes a la modificación de la demanda (Klageänderung) (paragr. 269 y 270 a.F. Z.P.O.) sustituyen a los paragr. 267 y 268 Z.P.O.

— La retirada de la demanda (Klagerückname) paragr. 271 a.F. ahora figura bajo el número del paragr. 269 Z.P.O.

— El reenvío (Vorweisung) paragr. 276 a.F. Z.P.O. aparece ahora como paragr. 281 Z.P.O.

— La demanda aclaratoria incidental (Zwischenfeststellungsklage) paragr. 280 a.F. Z.P.O. ahora es el paragr. 256 II Z.P.O.

Todas estas modificaciones son de carácter redaccional (103) no afectan al Derecho Procesal, aunque hay que tenerlas en cuenta. Lo que sí ha sido modificado de forma sustancial es el procedimiento (Urteilsverfahren) en los siguientes ámbitos:

a) *Concentración del procedimiento* (Konzentration des Verfahrens). — Los propósitos de la ley son la aceleración (Vereinfachung) y simplificación (Beschleunigung) del proceso civil. Ambos propósitos pueden ser relacionados mediante una concentración del procedimiento (Konzentration des Verfahrens) en muy pocas comparecencias orales (Verhandlungstermine) y de modo ideal en tan sólo una única comparecencia oral (in einen einzigen Termin) (104). Ya el antiguo paragr. 272 b a.F. Z.P.O., ordenaba llevar a cabo el pleito (Rechtsstreit) a ser posible tan sólo en una sola comparecencia (in einer (einigen) mündlichen Verhandlung) (105) aunque luego en la práctica esto no resultó (jeder Praktiker weiss, wie unvollkommen dies erreicht wurde) (106). Hubo diferencia de Tribunal a Tribunal, de Cámara a Cámara, de Senado a Senado, de proceso a proceso. Todo dependía de los jueces y abogados, de sus facultades y conocimientos, de su disciplina y ganas de trabajar (107). Fue necesario, por tanto, realizar la aceleración por concentración (Beschleunigung durch Konzentration) (108) mediante medidas legales. Como modelo se partió del proceso penal y de su vista pública (109) (in Strafprozess und seiner Hauptverhandlung) (110). En esta referencia, también se basa el Modelo de Stuttgart que fue introducido en la práctica desde 1967, cambiando y mejorando a lo largo de los años. El Modelo de Stuttgart practicado en su forma pura, infringía la Z.P.O. pues iba contra el paragr. 216 II a.F. Z.P.O. Ahora ha sido legalizado, pues el paragr. 276 Z.P.O. permite un preprocedimiento escrito (schriftliches Vorverfahren) sin que sea necesario fijar enseguida la fecha

(103) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle. Gesetz zur vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*, N.J.W., 1971, pág. 1.

(104) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle...*, cit., pág. 1.

(105) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle...*, cit., pág. 1.

(106) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle...*, cit., pág. 1.

(107) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle...*, cit., pág. 1.

(108) Sobre el particular, KALTHOENER, Elmar, *paragr. 272 b Z.P.O. -Bedeutung, Anwendung, praktische Ergebnisse*, DRiZ, 1975, pág. 202 y ss.

(109) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle...*, cit., pág. 1.

(110) Vid. BENDER, DRiZ, 1963, pág. 163 y BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., y PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungs-novelle...*, cit., pág. 1.

(101) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

(102) Vid. ROGGE, Dirk, *Reform des Zivilprozessrecht*, cit., pág. 385.

para una comparecencia oral. De este modo el legislador ha puesto a disposición de los jueces el schriftliche Vorverfahren como una de las dos opciones posibles (en tal sentido paragr. 272 II Z.P.O.), pues para la otra posibilidad de opción está previsto por la Z.P.O. la primera comparecencia prematura o temprana (früher ersten Termin zur mündlichen Verhandlung) (111) (paragr. 275 Z.P.O.) que aparece prevista, igualmente, para hacer efectiva la concentración, ya que el paragr. 272 I Z.P.O. dispone para ambos procedimientos que: «el pleito (Rechtsstreit) ha de ser llevado a cabo, por lo general, en una sola comparecencia oral debidamente preparada (Haupttermin). Pues bien, esta obligación en orden a la concentración del pleito en una sola comparecencia oral (el Haupttermin) ha sido expresada por el legislador de modo muy explícito y para que pueda ser realizada la Z.P.O. pone en manos del Tribunal toda esa serie de facultades que pueden ser caracterizadas con el término: preparación de la comparecencia principal (vorbereitung des Haupttermins).

b) *Preparación de la comparecencia principal* (Vorbereitung des Haupttermins). — Su definición legal en el paragr. 272 I Z.P.O. exige, ante todo, su profunda preparación. Ha de hacerse así. No obstante, y a pesar de todas las sanciones legales, siempre habrá pleitos en los cuales la preparación profunda para una única comparecencia (für einen ersten und einsigen Termin) (112) es imposible o pleitos en los que los resultados de la primera comparecencia (des ersten Termins) pone de relieve su defectuosa preparación. Por eso la Ley exige que el pleito ha de ser llevado a cabo en una sola comparecencia, pero, fíjese bien el lector, por regla general («in der Regel») (113). Por tanto, la Ley admite, también, la excepción como es la determinación de una comparecencia sin preparación profunda y amplia (ohne umfassende Vorbereitung) (114). De esta manera, lamentablemente, se procedió antes de la introducción del Modelo de Stuttgart (vor Einführung des «Stuttgart Modellos») (115) en la inmensa mayoría de los procedimientos civiles que se sustanciaban. Este modo de actuar es aún posible, pero debe ser considerado con la Vereinfachungs-novelle, sin embargo, excepcional. Para que ello no ocurra y con carácter preparatorio del Haupttermin el paragr. 272 II Z.P.O. pone a disposición de los jueces dos formas de procedimiento con carácter alternativo: a) la determinación de una pronta comparecencia oral

- (111) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 1.
 (112) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 1.
 (113) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 1.
 (114) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 1.
 (115) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., págs. 1 y 2.

(eines frühen ersten Termins) según el paragr. 275 Z.P.O. o b) el inicio de un preprocedimiento escrito (schriftliches Vorverfahrens) según el paragr. 276 Z.P.O.

El Juez puede elegir entre ambos procedimientos según su criterio y esta libertad de opción le permite la posibilidad de concluir el proceso a través del procedimiento que mejor se adecue a las necesidades del caso (115).

1) El früher erster Termin: Esta comparecencia es la adecuada en los procedimientos de medidas provisionales y en los juicios cambiarios y sobre cheque, así como en asuntos fáciles que previsiblemente pueden ser concluidos mediante una transacción, pero también asuntos que desde el punto de vista jurídico y fáctico son difíciles y que exigen una discusión con los abogados y las partes y también en las hipótesis en las que no es preciso un abogado y en los que son partes, en fin, personas que no se pueden expresar muy bien por escrito (Erist un der Regel geboten bei Arrest und einstweiliger Verfügung, in Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozess, bei einfach gelagerten Sachen, in dessen sich eine schnelle Erledigung durch Vergleich (insbesondere mit Ratenzahlung) anbietet, aber auch solche Sache, die rechtlich oder tatsächlich schwierig oder auch unfaugreich sind und eine mündliche Erörterung mit den Prozessvollmächtigten oder Parteien erfordern, in Parteiprozess aber auch in solchen Fällen, an denen schriftlich ungewandte Parteien beteiligt sind) (117).

Si el frühe Termin es determinado de conformidad con el paragr. 216 II Z.P.O. «sin demora» («unverzüglich») (118) las partes serán emplazadas según el paragr. 274 I Z.P.O.; el demandado tiene que ser emplazado juntamente con la notificación de la demanda y la fecha de la comparecencia oral es de 2 semanas según el paragr. 274 III Z.P.O. (este plazo también es aplicado en los procesos que se llevan a cabo ante los Amtsgerichten, ya que se ha suprimido el paragr. 499 a.F.) (119).

También con un procedimiento con un frühen ersten Termin, el Tribunal puede tomar antes de esa comparecencia medidas preparatorias, según el paragr. 273 Z.P.O. y también tiene que exigir que las partes declaren a tiempo y ampliamente,

(116) Los plazos que establece el paragr. 275 Z.P.O. para réplica (Erwiderungsfristen) demanda y el schriftliche (in Ehe- und Kindschaftsprozess) (paragr. 611 y 640 Z.P.O.).

(117) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2.

(118) El paragr. 216 II Z.P.O. señala que «Der Vorsitzende hat die Termine unverzüglich zu bestimmen».

(119) PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2.

En resumen, el paragr. 273 Z.P.O. no es más que una versión mejorada del paragr. 272 b a.F. Z.P.O., que permite en primer lugar, la preparación y proposición de los medios de prueba para la primera comparecencia (ersten Termin).

Por su parte, el nuevo paragr. 273 Z.P.O. es aplicado a todas las Termin (für jeden Termin) (120), también a las comparecencias sucesivas que pueden realizarse (aunque esto último no es deseado por el legislador) (121) (paragr. 278 IV Z.P.O.).

Una preparación del frühen ersten Termin la hace posible el paragr. 275 I 1 Z.P.O. cuando permite que el Presidente o un miembro nombrado por él del Tribunal puede poner plazo al demandado para contestar por escrito a la demanda. Si no se fija ese plazo el demandado ha de ser exhortado para que indique, sin falta, sus medios de defensa en un escrito dirigido al mismo (paragr. 275 I 2 Z.P.O.) (en caso de que el pleito tenga lugar ante el L.G. ha de ser informado de que necesita un abogado). Pues toda esta actividad la lleva a cabo la Geschäftsstelle del Tribunal juntamente con la notificación de la demanda —paragr. 271 I Z.P.O.— de modo que la contestación de la demanda y la réplica puede ser motivo para adoptar medidas preparatorias de acuerdo con el paragr. 273 Z.P.O. si no habían sido ya acordadas, como completar las alegaciones, explicarlas, presentar documentos, exigir información de autoridades, ordenar la comparecencia personal de las partes y, en fin, el emplazamiento de testigos y peritos.

El Tribunal incluso pudo ya expedir una Beweisbeschluss y llevarlo a la práctica, incluso antes de la comparecencia oral (vor der mündlichen Verhandlung) (paragr. 358 a Z.P.O.) (122). De esta forma la primera comparecencia puede ser preparada para que desemboque en *ein zigen Haupttermin* (123) (una única comparecencia principal).

2) El Schriftliches Vorverfahren: El procedimiento en este caso empieza, al igual que comenzaba con el frühen ersten Termin, esto es, con la verificación de la demanda (mit den Zustellung der Mageschrift) (124) (paragr. 271 I Z.P.O.) y los requerimientos oportunos

(120) Cifr. von Gesetzgeber nicht erwünschten. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2.

(121) Vid. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2.

(122) Vid. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2.

(123) Vid. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2. Las provisiones de fondo para los testigos ya no son obligatorias (paragr. 379 Z.P.O.) acelerándose el emplazamiento de los testigos. Cifr. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlichen Verfahren*. N.J.W., pág. 2.

(124) Vid. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2.

(Aufforderungen) según el paragr. 271 II, III Z.P.O. Al mismo tiempo el Presidente (o en su caso el Amtsrichter) requiere al demandado y le informa sobre la consecuencia de la notificación de la demanda y notificar por escrito al Tribunal (notificación que en un L.G. ha de hacerse con abogado) si tiene intención de defenderse contra la demanda.

Al mismo tiempo, el Tribunal le fija al demandado otro plazo de dos semanas (a contar a partir del día en que cumplió el plazo, también de dos semanas, que tenía el demandado para notificar por escrito al Tribunal su intención de defenderse) para contestar por escrito a la demanda. Asimismo es preciso informarle al demandado las consecuencias que pueden seguirse de no cumplir con las prescripciones del paragr. 276 II Z.P.O. La consecuencia es que el demandante puede solicitar un Versäummisurteils ohne mündliche Verhandlung (125) (paragr. 331 III Z.P.O.). Con posterioridad, el demandante ha de ser informado, asimismo, sobre la circunstancia de que el juez haya optado por el preprocedimiento escrito (Schriftliches Vorverfahren) (paragr. 276 I, 2 Z.P.O.). Entonces ya el procedimiento depende del comportamiento del demandado. Así son posibles las siguientes hipótesis:

a) En caso de que el demandado no diga nada en el primer plazo improrrogable el juez dicta, a petición de la parte demandante, un Versäummisurteils ohne mündliche Verhandlung, siempre que la contestación del demandado no llegue al Tribunal antes de que la sentencia ya dictada sea entregada a la secretaría (Geschäftsstelle) del Tribunal (paragr. 333 III Z.P.O.). Si el demandante no formula esa petición o si la demanda no es fundada, es decir, que sus hechos no justifican su suplico, entonces se fija una fecha para el Termin, tan pronto como sea posible (paragr. 272 III Z.P.O.).

b) Si el demandado reconoce por escrito las peticiones que contra él hace valer el demandante, entonces se dicta un Anerkenntnisurteil (126) ohne mündliche Verhandlung según el paragr. 307 II Z.P.O.

c) En el caso de que el demandado notifique al Tribunal que tiene intención de defenderse contra la demanda, entonces prosigue el schriftliche Vorverfahren de la siguiente forma: a) si el demanda-

(125) Vid. PUTZO, Hans, *Die Vereinfachungsnovelle...*, cit., pág. 2. Una Versäummisurteils es parecida a una sentencia de rebeldía del Derecho español, pero a diferencia de nuestro derecho, en el que el proceso civil sigue en rebeldía del demandado y sólo cuando el demandante ha alegado y probado su derecho, tiene lugar el pronunciamiento de la sentencia en el demandante que significan su suplico, entonces se condena mediante una Versäummisurteils al demandado, sin que sea oído. La regulación de la Versäummisurteils se halla en el paragr. 331 Z.P.O.

(126) La Anerkenntnisurteil es una sentencia de allanamiento.

do con posterioridad no contesta por escrito en el plazo establecido por el Tribunal, entonces se determina una fecha para un Termin zur mündlichen Verhandlung, tan pronto como sea posible (paragr. 272 III Z.P.O.). En esta hipótesis no es posible un Versäummisurteil ohne mündliche Verhandlung y además en orden a la preparación des Termins han de ser tomadas las medidas necesarias que fija el paragr. 273 Z.P.O. b) En el caso de que la contestación a la demanda llegue al Tribunal dentro del plazo fijado o antes de que se determine una fecha para el Termin, el Presidente (o el Amtsrichter) tiene dos posibilidades: de un lado puede, si le parece necesario, poner un plazo al demandante para contestar de modo escrito a la contestación a la demanda (paragr. 276 III Z.P.O.); y de otro y si no lo hace, determinar una fecha para el Termin tan pronto como sea posible (paragr. 272 III Z.P.O.). En ambos casos se pueden adoptar medidas preparatorias según el paragr. 273 Z.P.O. Un Beweisberchluss antes de que haya tenido lugar la mündlichen Verhandlung puede adoptarlo tan sólo la Cámara, pero no el Einzelrichter. Este Beweisberchluss puede practicarse antes de las mündliche Verhandlung). También es posible que el Presidente (o al Einzelrichter) determine la fecha para la vista pública (Termin) en la misma resolución en la que fija un plazo al demandante para su réplica para contestar a la contestación de la demanda.

d) También existe la posibilidad de que no se determine una fecha para el Haupttermin aun después de que haya llegado al Tribunal la contestación del demandante a la contestación a la demanda del demandado.

e) Por último, también existe la posibilidad de dejar contestar al demandado a la réplica del demandante, si es preciso, para preparar el Haupttermin. De cualquier modo no es aconsejable, sin embargo, que las partes abusen de la utilización de los escritos de réplica y contrarréplica si al mismo tiempo no se toman medidas preparatorias del Haupttermin según el paragr. 273 LL N. 1 Z.P.O.

3) Resultado: Tanto la Schriftliches Vorverfahren como la früher ersten Termin, actúan en un caso como en otro a modo de «instrucción» de la Mündliche Verhandlung, siendo el verdadero «Verfahren» el Haupttermin que se desarrolla oralmente (Mündliche Verhandlung) —siempre oralmente—. No existe un pretendido retorno a la escritura (17) porque la Schriftliche es VOR (antes) Verfahren.

(127) No es cierto o enteramente cierto lo que señala FAIRÉN GUILLÉN, V., *Principios de oralidad, escritura y de socialización del proceso en relación con la L.E.C.* En Rev. Der. Proc. Ib., 1981, pág. 552, al aludir a una «escritura» parcial del procedimiento argumentando para ello el Modelo de Stuttgart. Tal afirmación hecha de esa forma supone desconocer dicho modelo.

Lo único que sucede es que el Modelo de Stuttgart puro que se practica en la 20. Zivilkammer de su L.G. trabaja más y mejor el Haupttermin a través de una Schriftliches VOR (antes del) Verfahren —con carácter general— abandonando la posibilidad de optar por un frühen ersten Termin. Que en el L.G. de Stuttgart se haga de esta manera, no es más que la consecuencia de la crítica que el prof. Baur (128) realizaba del modo en que se hallaba construida la mündliche Verhandlung en la Z.P.O. antes de la Vereinfachungs novelle. Señalaba el prof. Baur que la ley parte de que el tribunal es informado previamente por escritos sin poner, sin embargo, un límite para la preparación de la comparecencia oral por esos escritos (129). La práctica, señalaba prof. Baur (130), demostraba que la información al Tribunal se hacía «tropfenweisen» hasta la misma mündliche Verhandlung y nada prohibía a las partes hacer nuevas alegaciones en la misma mündliche Verhandlung. Pues bien, esto era lo que se trataba de evitar. Desde sus comienzos, la 20. ZK de Stuttgart cumplió con esta idea y pensó como más oportuna que una efectiva preparación de la mündliche Verhandlung se llevaba a cabo de modo más completo a través de una Schriftliches Vorverfahren. Pero la adopción por el Modelo de Stuttgart puro de la Schriftlichen Vorverfahren no implica en ningún modo el retomar el camino de un procedimiento escrito. En Alemania, que quede bien claro, al lector atento, el proceso es oral a través de la Mündliche Verfahren que implica la Haupttermin. Por su parte la früher erster Termin es, asimismo, una comparecencia «temprana», «prematura» o «previa» («früher erster») al Taupttermin. El carácter previo al Haupttermin, de tanto el frühe erste Termin (frühe erste) como el del Schriftlicher Vorverfahren (Vor) no debe plantear duda alguna y tratando de adecuar en la medida de lo posible la opción que implica, tanto el frühe erste Termin como el Schriftliches Vorverfahren a nuestra comparecencia del juicio de menor cuantía (después de la Novela de 1974 de R.U.L.E.C.) puedo afirmar que ambas opciones de «instrucción» del procedimiento no existen expresamente en nuestra L.E.C. En consecuencia, pues, que si bien es cierto que en el modelo de procedimiento de menor cuantía que se ha sancionado a través de la Novela 34/1984 R.U.L.E.C. no existe una alusión expresa a un früher erster Termin o a un Schriftlicher Vorverfahren o a instituciones similares, tal circunstancia no debe ser motivo para dejar de pensar en la posibilidad de un procedimiento concentrado para el menor cuantía. Ya que si bien el proceso civil alemán se «instruye» a través de cualquiera de esas opcio-

(128) BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 11.

(129) Cifr. BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., págs. 11 y 12.

(130) BAUR, Fritz, *Wege zu einer*, cit., pág. 12.

neos para acabar en una teórica bien preparada y trabajada Haupttermin, no deja de ser menos cierto que en nuestro menor cuantía ese mismo efecto previo a la comparecencia *puede lograrse con resultados muy similares a la Schriftliches Vorverfahren* a través de los escritos de demanda, contestación a la demanda, reconvencción en su caso y réplica a su vez del demandante por diez días (art. 688 L.E.C.); de modo que esos escritos según la propia L.E.C. cumplen un cometido muy concreto con resultados prácticos muy similares a un Schriftliches Vorverfahren ya que a través de ellos el juez tiene ya noticia de dos cosas:

a) si las partes están o no conformes con los hechos expuestos en la demanda o reconvencción y en consecuencia cuáles son los hechos objeto de la controversia y que,

b) el silencio o las respuestas evasivas, de no aclararse suficientemente en la comparecencia podrán estimarse en la sentencia como admisión de hechos. En consecuencia que esa actividad procedimental *previa (Vor) escrita de las partes (Schriftliches Vorverfahren)* puede servir sin duda de base para entrar luego en una teórica bien trabajada comparecencia de las partes en nuestro menor cuantía, justificado todo ello, además, por la preclusión de los plazos y la prohibición de mutatio libelli en la propia comparecencia. De este modo no me cabe duda que se alcanzarán resultados muy similares a los que persigue la Schriftliche Vorverfahren de la experiencia del L.G. de Stuttgart.

NOTAS

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD, OBJETIVIDAD DEL JUEZ

(Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional
y la separación de poderes) *

ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Del Juez «constitucional» y otros sagrados epítetos. — 2. Delimitación del concepto de Poder Judicial. — 3. La no responsabilidad política del Juez. — 4. Inexistencia de mecanismos directos y de conjunto de legitimación democrática del Poder Judicial. Unas conclusiones instrumentales: Separación, independencia, autogobierno. — 5. Una inflexión metodológica: de la jurisdicción como órgano a la jurisdicción como actividad. La imparcialidad como valor primario del juicio. — 6. ¿Qué resta hoy de MONTESQUIEU?. — 7. Crisis del Estado y mutaciones del ordenamiento jurídico. El mito de la objetividad del Juez: apuntes para un debate.

1. — En el fragor de la batalla política que acompaña, desde un tiempo a esta parte, la ordenación judicial en nuestro país, una relevante personalidad de la judicatura, posteriormente dedicado a la política activa, manifestaba su opinión de que el Gobierno de la Nación no diseñaba en la entonces proyectada Ley Orgánica del Poder Judicial, el juez constitucional. Debo comenzar señalando que el término empleado, «juez constitucional», despierta cierta perplejidad, fundada en la intuitiva idea de que el juez constitucional no es otro que el que observa y aplica los valores de la Constitución, a

* Artículo destinado al Libro-homenaje del Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario.

través del ejercicio de su función. Conocida y afirmada la singularidad y soberanía del acto de juzgar, juez constitucional es el que impregna este acto de juzgar de aquellos valores, y en estos términos nadie puede lograr (lícitamente, se entiende), que el juez no sea «constitucional», a poco que el juez quiera serlo. En el momento en que actúa la concreta jurisdicción de que está investido, y para el ejercicio de la misma, el juez de nadie depende.

Estas constataciones, que parecen obvias, llevan a pensar que hablar del juez constitucional sea un recurso retórico con un contenido distinto; pero como buen recurso retórico, involucra toda la enorme magia de las palabras; magia de las palabras que, sustantivas o adjetivas, las convierte en sagradas en muchísimas ocasiones, con la consecuencia de que de su sola invocación se deducen juicios y valoraciones. Y así, cuando se afirma que un Gobierno no quiere el juez constitucional, la contemplación en la frase de este singular juzgador, evoca una también singular actuación, en casos singulares y a la hora singular de juzgar; de esta manera concebida, la actuación del Ejecutivo no puede ser otra que una intromisión de la esfera de la independencia judicial (siguen apareciendo «mots sacrés»). Sin embargo, como ésta parece una deducción extrema, habrá que pensar que juez constitucional es una descripción, a través de un abstracto individuo, de la función de juzgar, objeto propio de un Poder del Estado, el judicial.

De esta manera, la cuestión se sitúa en términos más reales. Lo que sin duda se ha querido entonces indicar es que un Poder, el Ejecutivo, tiene una visión del Poder Judicial que se estima *no* es la constitucional. Ya no se trata de la opinión que de lo constitucional se pueda tener a la hora de la singular función de juzgar, sino de la que se tenga, sobre cuál es el mecanismo de relaciones entre Poderes del Estado.

2. — ¿Qué es el Poder Judicial? La pregunta, en apariencia ociosa, debe ser contestada con precisión, pues se tiene la impresión de que ciertos planteamientos parten de un deficiente entendimiento de lo que dicho Poder sea.

Despejada la incógnita de que no lo son ni el Ministerio Fiscal, ni la policía judicial, ni el personal que desempeña funciones complementarias, ejecutivas o auxiliares en la Administración de Justicia (artículos 124, 126 y 122, 1, *in fine* de la Constitución) (1), sólo cabe

(1) Por todos, MOSQUERA, «La posición del poder judicial en la Constitución Española de 1978», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y F. García de Enterría*, reimpresión de la 2.ª edición, Madrid, 1981, pp. 729 y ss.

entender que Poder Judicial son los jueces y magistrados, de los que se predica toda una serie de notas características y garantías para el desempeño de su función, enumeradas, en forma por cierto sistemática, por el texto constitucional.

Para introducir algo de claridad en el propio discurso, sin mayores pretensiones, creo que se podrían ordenar dichas notas y garantías de la siguiente forma:

1.º El Poder Judicial está integrado por Jueces y Magistrados, de los que se afirma, con carácter básico, su independencia (artículo 117,1).

2.º Como garantías de esa independencia la Constitución señala las siguientes: la inamovilidad (117,1), la necesaria reserva a la Ley de las cuestiones relativas a su separación, suspensión, traslado y jubilación (117,2) e incompatibilidades (127,2), y la separación de los restantes poderes del Estado, que se manifiesta tanto en su aspecto subjetivo (*sólo* son Poder Judicial los Jueces y Magistrados: 117,3), como en su aspecto objetivo (les corresponden *en exclusiva* la potestad jurisdiccional y *solamente* la potestad jurisdiccional (117,3 y 117,4), amén de serle confiado su gobierno, que se ejercerá *principalmente* por el Consejo General del Poder Judicial (122,2,C), y *con subordinación a él* las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, *sin perjuicio* de las que correspondan a los Presidentes de dichos Tribunales y a los titulares de los restantes órganos jurisdiccionales (desarrollo introducido por la L.O.P.J., art. 104). Pueden ser concebidos también como garantías de la independencia judicial el régimen asociativo (127,1) y la llamada inmunidad judicial (arts. 398, 399 y 400 de la L.O.P.J.) (2).

3. — Nota esencial del poder judicial es la responsabilidad de los Jueces y Magistrados, *penal, civil y disciplinaria* (art. 117,1 y desarrollo de la L.O.P.J., arts. 405 a 427, inclusive), *nunca política* (3).

4. — No existen mecanismos *directos* ni referidos al Poder Judicial en su conjunto de legitimación democrática, lo cual no significa

(2) Curiosamente, no se establece expresamente en la Constitución el principio de *no jerarquización*, absolutamente indispensable para la independencia judicial, aunque quepa deducirlo del solo sometimiento a la ley de que habla el artículo 117,1, amén de considerarlo implícito en el principio de independencia. (Si bien ello, desde un punto de vista puramente lógico, supone una petición de principio).

(3) Una cierta posibilidad de control político, pero nunca en términos de verdadera y estricta responsabilidad deriva del artículo 109,2 de la L.O.P.J.

una carencia total de ellos: elección por las Cámaras de los miembros del Órgano de Gobierno (art. 122,2 C., desarrollado por la L.O.P.J., art. 112), genérico sometimiento a la Ley (expresión de la soberanía popular), participación ciudadana en la Justicia a través del Jurado y el ejercicio de la acción popular (art. 125 C.).

De todo lo anterior, caben extraer algunas conclusiones que me parecen importantes de cara al desenvolvimiento de ulteriores razonamientos:

Primera. — El principio de la separación de poderes, no enunciado expresamente, es una y sólo una de las garantías de la independencia judicial. Si se quiere, la más importante, pero su ámbito no coincide con el de la garantía de la independencia. Es a modo de círculo secante con respecto a ella. Es importante ponerlo de manifiesto, porque de su total identificación sólo han surgido daños y malos entendidos. En cualquier caso, se mueven en planos distintos, puesto que la «separación de poderes resuelve, en general, el problema de la distribución de cada uno de ellos en complejos organizativos distintos, servidos por personas también distintas, mientras que la independencia considera las relaciones también entre ellos» (4).

Segunda. — Por lo que respecta al mecanismo de autogobierno del Poder Judicial, cabe decir que: a) no es completo, pues aún conserva atribuciones importantes el Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, aunque muy atenuadas con respecto a la situación preconstitucional, lo que se ha de entender como un sustancial avance; b) que el Consejo General del Poder Judicial es el *principal* órgano de Gobierno del Poder Judicial, pero *no el único*, al estar reservadas parcelas de gobierno interno a los propios Juzgados y Tribunales (título III de la L.O.P.J.), ejercitables por los Presidentes de los Tribunales y los restantes órganos jurisdiccionales, no siempre con estricta subordinación al Consejo General del Poder Judicial (art. 104,2, *in fine*, L.O.P.J.).

Tercera. — Si la posición del Consejo General del Poder Judicial es una manifestación parcial (aunque principal) del autogobierno, y éste, a su vez, una manifestación parcial del principio separatista; si éste es sólo una (aunque también principal) garantía de la independencia judicial, no cabe ligar, sin más, el tratamiento general de ésta con el de aquél. Ello supondría un reduccionismo proclive a la confusión, pues podría dar la falsa idea de que el Consejo General del Poder Judicial es una suerte de máxima instancia del Poder Judicial, cúpula en la que encarna, cuando su más modesta finalidad es desem-

ñar aquellas competencias administrativas relativas a la Jurisdicción, que una cierta tradición había residenciado en la Administración del Estado, tradición que, por cierto, ha sido considerada una de las grandes falacias del Estado liberal (5). Hasta tal punto es ello así que sólo se puede considerar Poder Judicial al órgano de gobierno del mismo en la medida en que le están atribuidas dichas competencias, de modo separado en relación con el Poder Ejecutivo, pero nunca por lo que se refiere a la típica función que identifica el Poder, y que es la razón de su singular tratamiento: la función o potestad jurisdiccional. En un sentido restringido, pues, el Consejo General del Poder Judicial *no* es Poder Judicial.

5. — La independencia del Poder Judicial, en los términos antes expuestos, viene, pues, elevada a su nota de máximo valor. El principio de la separación de los poderes asume con respecto a aquélla un carácter instrumental. En consecuencia, y sin perjuicio de que veamos más adelante cómo contribuye el principio de la división de los poderes a la consecución o afirmación de las finalidades sustanciales perseguidas por la independencia judicial, debemos ver primeramente en qué consisten dichas finalidades. Para ello, puede ser útil cambiar de perspectiva, trasladando el enfoque de la jurisdicción como órgano a la jurisdicción como actividad; o mejor, pues de ello resulta un planteamiento más ajustado, podemos partir de la diferencia entre jurisdicción entendida en sentido sustancial y jurisdicción entendida *también* en sentido formal. Con palabras de CORTA (6) la primera vendría referida a la Magistratura como un órgano, no ya del sistema organizativo del poder, sino del más general o global sistema organizativo de la comunidad política, dado que su actividad contribuye a la vida de dicha comunidad, de manera estructuralmente propia; y se dice de manera estructuralmente propia para dejar fuera de toda consideración aquellos supuestos de actividad resolutoria de conflictos que la historia ha colocado residualmente en los órganos de la comunidad encargados de crear la norma, o avocados a ejecutarla, mas sin representar la *última ratio* a la hora de una decisión definitiva.

En resumen, la jurisdicción es órgano y también actividad individualizada y delimitada típicamente por la historia, y por estar atribuida a aquél: a esto llamamos actividad estructuralmente propia. ¿Cuál es el núcleo de esa actividad? Parece claro que en todo tiempo, lugar y condiciones, el núcleo de esa actividad es el juicio.

(4) En este sentido, MOSQUERA, *ibidem*, págs. 724 y 725.

(5) MOSQUERA, *ibidem*, pág. 724.

(6) *Riv. Dir. Civ.*, 1984 (4), pág. 423.

El juicio entendido como la necesidad de superación de la parcialidad en las contiendas entre los hombres, superación que sólo se puede encomendar a un tercero que se encuentre, y de nuevo empleo las palabras de COTTA (7) en una posición de desinterés, superadora de la antinomia amigo-enemigo, en suma, y valga la redundancia, en una situación de *imparcialidad*. A este deseo de imparcialidad asumido en lo profundo del espíritu de las gentes que organizan su convivencia de acuerdo con reglas prefijadas y, en alguna manera, comúnmente aceptadas, responde la existencia misma de la figura del juez. La imparcialidad es, siguiente con el decir de COTTA, la condición propia del juicio; es más, es su condición estructurante, fuera de la cual no hay juicio. Con ello se pretende decir que el valor primario de la jurisdicción es la imparcialidad. Todo lo demás son instrumentos, puestos al servicio de ese fin esencial. Pero se entiende bien, cuando se afirma el carácter instrumental de ciertas cosas, no se las degrada o desecha, como algo puramente adjetivo. El largo y tempestuoso devenir de las sociedades hacia cotas de más alta civilidad ha descubierto que premisas de la imparcialidad del jugador son, de manera principal, el no sometimiento a directrices que emanen de otra voluntad, y, con infinitos matices, pero del mismo necesario modo, la existencia de reglas objetivas, ciertas y establecidas anteriormente al propio juicio. Desechando el análisis de esta segunda premisa, que evoca toda la cuestión de la certeza del derecho, y que involucra problemas atinentes no sólo a la actividad jurisdiccional, sino a la juridicidad *tout court*, resta ver el no sometimiento a directrices ajenas a la soberana formación de la voluntad del juzgador, en el singular acto del juicio, ineludible exigencia.

El juzgador ha de encontrarse en una posición autónoma a la hora de emitir el juicio, si ha de salvarse la imparcialidad como elemento esencial de éste. Ello parece también una condición de carácter lógico: si la determinación de la voluntad del juez queda remitida a otra instancia, en los términos del ordenamiento, esta instancia *es* el juez. *is* no es en los términos del ordenamiento, el juicio *no es imparcial*, pues supone la influencia por la vía de hecho.

Así las cosas, y presupuesto que la sociedad se dota de una organización judicial más o menos permanente y estable, y más allá del primitivo sistema que permite a las partes escoger, *ex sua voluntate*, el tercero decisor, la condición lógica anterior lleva a afirmar una posición del autor del juicio, y en cuanto tal, *no jerárquica* dentro

(7) *Ibidem*, pág. 430.

de esa organización. Dicho de otra forma, cuando el conjunto de aquellos que tienen en la comunidad la específica función de juzgar se conforman como un órgano *ad hoc de ésta*, conviene extraordinariamente a la imparcialidad de su función el no estar jerárquicamente ordenados entre sí. De este modo, la no jerarquización de jueces y tribunales se convierte en una garantía de la imparcialidad del juicio, aunque dicha garantía no tenga por qué ser la única, y desde luego, resulten pensables otras. De esta forma, la no jerarquización de jueces y tribunales, se convierte en una suerte de independencia *ad intra*. Antes de cerrar esta parte de la exposición, resulta útil anotar cómo la cuestión de la conformación interna del Poder Judicial en orden al mejor desempeño de la específica potestad jurisdiccional, no suscita, ni de largo, el mismo interés que su posición relativa respecto de otros órganos de la comunidad que desarrollan otro tipo de tareas, la creación (*lato sensu*) de la norma, y su aplicación. Tal pareciera que, garantizada la no inmisión en la organización de la potestad jurisdiccional de otras potestades, es, por sí sola, *a priori*, y sin más discusión, adecuada para el cumplimiento de su finalidad primordial.

En cualquier caso, la misma exigencia lógica que conduce a afirmar la no jerarquización como premisa de la imparcialidad del acto de juzgar, conduce, y quizás con más razón, a afirmar mecanismos a través de los cuales no aparezca posible la ingerencia de otros órganos no jurisdiccionales de la comunidad en la potestad de juzgar. Esta exigencia lógica ha sido abordada históricamente, en época moderna, con la formulación del principio de la división de poderes, aunque hay que decir de inmediato que se mueve en una órbita más alargada, en la que ni siquiera ha sido prevalente el tratamiento de las cuestiones referente al Poder Judicial.

Sin embargo, parece fuertemente instalado en la conciencia del pensamiento jurídico-político occidental que el principio separatista es la clave de bóveda de la independencia del Poder Judicial, lo que ha llevado en muchos casos a la equiparación entre ambas cosas, lo que parece ser inexacto, al menos parcialmente. Y no sólo ello, sino que la tal identificación se ha producido con notable olvido de la ambigüedad subyacente en la clásica teoría de la separación y de su carácter aporético con la legitimación democrática de los Poderes del Estado. Estas consideraciones nos llevan a hacer un alto para analizar algunos viejos tópicos, a replantearnos, con nombre propio, lo dicho por MONTESQUIEU y qué queda de ello.

Pero antes de abordar esta tarea, resumir que la imparcialidad del juicio (valor primero) consigue a la independencia de los juzgadores, y que instrumentos preciosos de ésta (tal como los ha decan-

tado nuestra tradición), son la no jerarquización de ésta y la separación de ésta y la separación con otros poderes (8).

6. — A través de un proceso históricamente complejo, no uniforme, y no siempre del mismo signo, la crisis económica y social del *Ancien Regime*, hizo nacer las primeras formas del Estado liberal-democrático, marcado por su enemiga a la concentración de los poderes y funciones de la organización estatal. La emergencia burguesa propició el desdoblamiento de estas articulaciones políticas, como reacción frente a la aristocracia y el Monarca absoluto, y se manifestó de manera principal en la constitución de órganos con una fuente de investidura distinta del Rey, y capaces de limitar los poderes de éste, con las finalidades esenciales (íntimamente implicadas la una con la otra, en buena parte del pensamiento de la época) de impedir actuaciones arbitrarias en el ámbito de la libertad personal o en el de la propiedad privada. Los mitos de la voluntad general como fundamento de la soberanía, el surgimiento de un instrumento (las asambleas legislativas), la idea de la supremacía y omnipotencia de la Ley, a la que se confían sólo a ella, pero con el único objeto de garantizarlos, derechos «imprescriptibles», «innatos», «naturales», anteriores en todo caso, del hombre, son facetas de un poliedro de doctrinas y de hechos en torno a los cuales salieron a la vida una parte muy importante de los conceptos que alimentaron durante largos decenios como dogmas a políticos, iuspublicistas e iusprivatistas del Occidente; y que aun hoy se pretenden (por no pocos y no pocas veces) principios inconcusos de la ciencia universal, con olvido de la hegemonía de clase a que estaban, de manera puntual, destinados a servir; y en este crisol de experiencias históricas, se afirmó como forma organizativa del Estado el llamado principio de la separación de poderes, del que se olvida, en muchos casos, su relatividad histórica, su forzosa ambigüedad, en cuanto abierto a las demandas de la coyuntura de cada tiempo y de cada país, y su necesaria conexión originaria desde un ángulo sustancialista (no organizativo), con un concepto del ordenamiento jurídico-político que ve en la preservación soberana de ámbitos de poder del individuo la raíz misma de la sociedad (9).

(8) Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976, pág. 294, cuando literalmente afirma: «la ratio de la independencia judicial no necesita ninguna explicación: si el juez no está libre de cualquier influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley» (subrayado mío).

(9) Paradigmática en este sentido la evolución de la noción de derecho subjetivo de la que puede encontrarse una sugestiva síntesis en ORESTANO, «*Diritti*

De vuelta al enfoque de la organización estatal, y con olvido de los primeros teóricos, ligados sobre todo a la experiencia inglesa, entre los cuales el más importante LOCKE (10), al que conviene dedicar el recuerdo de que su configuración de los poderes (legislativo, ejecutivo y federativo) no comprendía el jurisdiccional, sin duda por estar atribuido en Inglaterra a un órgano legislativo, la *House of Lords* (y recuérdese lo dicho sobre la relatividad de la teoría y su contingencia histórica), la teorización de más largo asenso e influencia es debida a MONTESQUIEU (11).

No es demasiado útil a nuestros fines recordar los términos generales de sus planteamientos, por otro lado formulados en esquema en infinidad de lugares (12), y sólo ceñirse a algunos apuntes sobre el Poder Judicial, llamado por MONTESQUIEU de forma significativa «puissance executive de celles (*choses*) qui dependent du droit civil» (13). TARELLO (14) ha resumido el punto haciendo justo hincapié en que la idea de MONTESQUIEU se funda en una concepción del juicio (como acto de juzgar) formulado sobre la base de una formulación directiva preconstituida, ya sea por la legislación, ya sea por la actividad de gobierno y administración, en manera tal que el castigo de los crímenes y la decisión de las controversias entre los particulares, se han de hacer de tal modo que no se entre en la actividad legislativa o administrativa.

Desenvolvimiento lógico, teñido de la enemiga al absolutismo monárquico, de cuyo aparato de poder los jueces históricamente habían formado parte (15) es la idea de que éstos deben ser particu-

soggettivi e diritti senza soggetto», ahora recogido en *Azione Diritti Soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 115 ss. Breve y precisa síntesis de estas cuestiones, en la clásica exposición de MORATTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 8.ª edición, pp. 370 ss.; amplia información general sobre la materia, nudo central del constitucionalismo europeo, en la voz *Libertà (diritto costituzionale)* en *Enciclopedia del Diritto*, por G. AMATO).

(10) La expresión de su pensamiento se encuentra, como es sabido, en el famoso «segundo tratado» de su obra *Two Treatises on Civil Government. Second Treatise on Government (An Essay Concerning The True Original, Extend, and End of Civil Government)*, 1690.

(11) Como es también muy conocido, en *L'Esprit des Loix*, 1748, singularmente en su libro XI.

(12) Por citar uno, por la limpidez y concisión, al clásico en la literatura española *Derecho Constitucional Comparado*, de GARCÍA PELAYO, Madrid, 1948, reedición de la 7.ª edición, Madrid, 1961, pp. 154-157).

(13) *Esprit*, L. XI, cap. 6.

(14) *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, págs. 285-295, y singularmente, pp. 293-295.

(15) Se recuerda aquí la histórica frase de BACON, que los define «leones bajo el trono», o ser el «lit de justice» del monarca francés, evocaciones ambas de COTTA, *op. cit.*, p. 424.

lares y no funcionarios, para evitar la subordinación jerárquica del empleado público, abogando por la idea de la extracción popular y la «ocasionalidad» del juez. Es claro que, aunque no resplandece en el pensamiento de MONTESQUIEU cómo se podrían cohesionar ambos requerimientos, el pensador francés conectaba la figura del juez popular y ocasional con reglas preconstituidas, y claramente formuladas. Es decir, proponía como *desideratum* un derecho suficientemente cierto como para poder lograr que los jueces no fuesen otra cosa que «la boca que pronuncia el texto de la Ley, seres inanimados que no pueden atenuar ni la fuerza ni el rigor de la Ley». Sólo así podría lograr que el poder depositario de la «ejecución de las cosas que dependen del Derecho civil», el Poder Judicial, fuese «en quelque façon, nul» (16).

De todo el anterior planteamiento cabe resumir que la separación del Poder Judicial es formulada primariamente como una aspiración frente al absolutismo del monarca; pero, en cambio, y una vez que se asienta la primacía de las asambleas legislativas, y la existencia de un Poder Ejecutivo también separado, *se percibe la necesidad de la separación del Poder Judicial más para proteger el ámbito reservado a aquellos dos, y sobre todo al segundo, que al propio Poder Judicial*. Y no podía por menos ser así: el Ejecutivo extraordinariamente poderoso, conformador de la vida social, y productor de normas no podía estar en la mente de Charles de SECONDAT, ni se representaba un papel legitimador del Legislativo respecto del Gobierno del alcance propio de las democracias modernas.

Cabe incluir también que en MONTESQUIEU las condiciones de desenvolvimiento del Poder Judicial apelan a una certeza, simplificación y fácil cognoscibilidad del derecho, que no pueden dejar de atraer a la mente los ideales de la codificación, pues eran prácticamente los mismos; o por mejor decir hunden sus raíces en la misma tierra, es decir, el pensamiento ilustrado y antiabsolutista, como ha expuesto el mismo TARELLO (17).

Se debe señalar, empero, que la idea de libertad política en el pensamiento de MONTESQUIEU no viene por él formulada como un ámbito de soberanía del individuo, sino como la seguridad psicológica de un ciudadano frente a otro ciudadano. Sin embargo, no prevaleció, junto con su teoría como esquema organizativo, tal concepto de libertad. El constitucionalismo garantístico adoptó el esquema organizativo de los poderes, pero la base social que habría de ser su principal protagonista, necesitaba fundar su hegemonía en la

(16) En el citado cap. 6, L. XVI de *L'Esprit*.

(17) En la obra citada, pp. 15-41 y *passim*.

atribución de amplísimos ámbitos individuales de autonomía, sobre todo en el terreno económico. Es suficientemente significativa en estas incumbencias, la historia de la codificación civil, el avatar del contrato, y sobre todo de la propiedad, que condujo a un pretérito, y tal vez no tan pretérito, afirmarse del valor *cuasi constitucional* de los Códigos Civiles (18). Tan así es que puede, en el borde del medio siglo de la aparición de *L'Esprit des Lois*, afirmar CAMBACERES: «Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société: être maître de sa personne; avoir des biens pour remplir ses besoins; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter», y aseverar PORTALIS que «la propiedad es para el individuo lo que para el Estado es la soberanía» (19).

Un Parlamento prácticamente monopolista de la producción normativa, que daba origen a un ordenamiento fundado en la más fiera afirmación individualista y voluntarista, y del que traía límite, al tiempo que daba limitada (20) legitimación, un Poder Ejecutivo no

(18) Clásico el análisis de GIORGIANNI, «El codice civile e i suoi attuali confini», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 391-420.

(19) Citados por N. IRIT, «Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)», en *Riv. dir. agr.*, 1961 (XL, fasc. 3), p. 234, con amplios desarrollos de la cuestión.

(20) No se debe olvidar que en MONTESQUIEU aparecen todos los argumentos que condujeron a que el principio de la universalidad del sufragio, premisa lógica de un Poder Ejecutivo que no fuese otra cosa que «la ejecución de la voluntad general» (*Esprit*, L. XI, cap. 6, tantas veces citado), haya sido sistemáticamente falsificado hasta épocas muy posteriores, a través del mecanismo del voto censitario, o la exclusión del sufragio femenino. A saber: la distribución del legislativo entre cuerpo *nobiliario* y cuerpo *elegido* para representar al pueblo, teniendo cada uno su propia asamblea y sus propias deliberaciones, sesiones e intereses separadamente; la atribución del primero a título exclusivo de las materias fiscales; la necesidad de «capacidad» de los representantes del pueblo, añadiendo que no la tienen y es ello» uno de los grandes inconvenientes de la democracia» (afirmaciones todas *ibidem*).

MORATI (*op. cit.*, pp. 404-405) ilustra, perfectamente, que, aunque el principio del sufragio universal viene proclamado desde la misma Declaración de derechos de 1791, lo que *históricamente* ha sido propio de la burguesía liberal originaria han sido los sistemas electorales *restringidos*, pues sólo con ellos mantenía la hegemonía de clase, ganada en su revolución contra el régimen feudal; el propio MORATI expone como elemento fundamental de la extensión del sufragio el despertar en el proletariado de una conciencia cada vez más vida de sus propios derechos, vuelta eficiente con la progresiva extensión del asociacionismo obrero. Por ello, cuando una muy importante personalidad socialista, afirma, en medio de la polémica sobre el Poder Judicial, la superación de MONTESQUIEU, está haciendo una manifestación más precisa, más ajustada a la historia, y mucho menos ideologizada que la de algún «comentarista político».

interviniente en la vida social, puro guardián de libertades individuales; y un Poder Judicial básicamente ocupado de la resolución de contenciosos entre particulares y de la justicia penal, que resolvía con normas claras, precisas, y escasas, parcamente susceptibles de ser objeto de interpretaciones valorativas sobre el conflicto social, que fueran más allá de la afirmación de la soberanía individual. Tal fue el alba de la separación de poderes (21). Todo ello pertenece ya al pasado.

7. — La primera contestación que de modo imperioso se hace presente es que el Estado ha sufrido profundas transformaciones desde aquél en que originariamente se conformaba la teoría de la división de poderes. Tópico es señalar las profundas diferencias de un Estado que se preocupa de procurar activamente el bienestar de sus ciudadanos, en relación con aquel pretérito que una frase ingeniosa definía como guardián nocturno de sus súbditos, y encargado en tiempo de guerra de ganarla, y en tiempo de paz de repartir el correo.

(21) Una línea de fuga de los planteamientos tradicionales en orden a la doctrina de la separación de poderes viene representada nada menos que por ROUSSEAU. Aunque el tema queda aquí sólo apuntado, merecería la pena ahondar en las razones de que el pensamiento del liberal «par excellence», haya sido ofuscado u olvidado en la tradición jurídico política liberal misma. Me estoy refiriendo, como es bastante conocido, a los pasajes de *Du Contrat Social ou principes de droit politique* (1762), donde expone su idea de la indivisibilidad de la soberanía (Libro II, cap. 2): «La soberanía es indivisible por la misma razón de ser inalienable, pues la voluntad es general o no lo es... Pero nuestros políticos no pudiendo dividir nuestra soberanía en principio, la dividen en su objeto; la dividen en fuerza y voluntad, en Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, en derecho de impuestos, de justicia y de guerra; en administración interior y en poder de contratar con el extranjero, lo mismo confundiendo tales partes que separándolas. Hacen del soberano un ser fantástico de piezas recambiables... Este error proviene de que no se han tenido nociones exactas de la autoridad soberana, habiendo considerado como partes integrantes de esta autoridad lo que sólo eran emanaciones de ella...». Es fácil deducir que en el pensamiento de ROUSSEAU está implícito el que juzgar es una emanación de la soberanía, y que está sometido al fundamento de ella, la voluntad general, y que sólo se legitima si la refleja; y si no se ha hecho esta deducción, es por la simple razón de que a la burguesía clase depositaria originariamente del pensamiento rousseauiano no ha interesado, salvo en épocas tardías, en segmentos radicales, y empujada por y coaligada con el movimiento obrero, la profundización del dogma de la obra general: baste ver, como ya queda dicho, la historia de las limitaciones del sufragio. Acusa ROUSSEAU a los teóricos de la división de la soberanía de no haber dicho la verdad y no obsequiar al pueblo, añadiendo melancólicamente que «la verdad no lleva a la fortuna y que el pueblo no da embajadas, cátedras o pensiones» (*ibidem*). Por cuenta propia, añadir que el hecho de que determinados liberales sean los falsificadores de su propio mensaje, es una constante, no sólo de la historia, sino de la cotidianidad.

Ese Estado preocupado por el bienestar social de modo activo, es, en nuestro presente europeo y occidental, un Estado intervencionista; y lo es sea cual sea el signo político de un gobierno, y oportuno será tal vez recordar que la complejidad de la sociedad nacional e internacional han enviado definitivamente al baúl de los recuerdos las formulaciones liberales en las que prevalecía una idea de igualdad puramente formal, que llevaba a una sistemática defensa con respecto a los poderes públicos, de los que siempre se temía la invasión de inalienables ámbitos de poder individual. En parecido contexto histórico se produce también la crisis del Legislativo incapaz de subvenir por sí mismo a las necesidades normativas de la mano pública, y que ante la «motorización» de la normativa del Ejecutivo, remite su papel a las grandes líneas de la legislación y al control de la actividad del Gobierno.

Esta evolución del Estado, estas sus transformaciones estructurales, por fuerza se han de reflejar en el ordenamiento jurídico: socialización y publicación del derecho privado, florecimiento de ámbitos de discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, «cláusulas generales» como técnica legislativa, recurso a la aplicación directa de las normas constitucionales, el llamado orden público económico como principio general, la aparición y expansión de la mano pública en la empresa, la sistemática reducción de los ámbitos de no justiciabilidad ante los Tribunales, acompañada del también sistemático alargamiento de la legitimación procesal, ampliada a los llamados intereses difusos, amén del reforzamiento de los colectivos y corporativos, la necesidad de recurrir a conocimientos extrajurídicos para conocer la relevancia jurídica de los hechos... todo un aluvión de mutaciones que se citan como tópicos consolidados, por vía de ejemplo y sin ánimo exhaustivo.

Mutaciones que han de reflejarse por fuerza en la fisonomía tradicional de los ordenamientos, en sus caracteres de abstracción y generalidad, y por consiguiente en el carácter puramente deductivo y silogístico de la interpretación y por consiguiente a la objetividad del juicio.

En estas condiciones la influencia de la actividad interpretativa por parte de los jueces deviene enorme, y empieza a llenarse de criterios valorativos, lejanos de la actividad propia de aquéllos que, ante un ordenamiento jurídico mucho menos complejo, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, eran la pura «boca de la ley», cuando el Gobierno era inerte custodio de derechos individuales, y el Parlamento agotaba prácticamente toda la función normativa.

Se diría ante este enorme crecimiento del Ejecutivo, que es razonable que el Poder Judicial sea un contrapeso en su actividad fundamental de interpretar normas jurídicas; pero a poco que se piense ello permanece en la superficialidad de las cosas. En la hora de la buena conciencia todo el mundo glorifica la crítica al príncipe moderno, el partido, se pide una mayor flexibilidad en la vida pública y se exige una capilarización hacia los individuos de esa vida que, por determinados aparatos de poder en el Ejecutivo, y por virtud de la democracia representativa en el Parlamento, queda sedientemente secuestrada. Y todo ello puede ser cierto en alguna medida; pero a plazo más o menos fijo han de hacer sus cuentas con el cuerpo electoral.

Pero no parece menos verdadero que la interpretación judicial se impregna cada vez más de valoraciones políticas, porque un ordenamiento tan complejo exige como *prius* de la actividad interpretativa la determinación de la *ratio* política de las normas, y mucho más cuando se dispone de una Constitución de aplicación directa, y cuyos principios vinculan, en sus respectivas incumbencias, a todos los poderes públicos; y el Poder, depositario por excelencia de la interpretación de las leyes, carece de mecanismos de responsabilidad política, y difícilmente puede predecir un concepto de objetividad idéntico al de la época en que concretaba de norma a acto nítidas determinaciones del Legislativo (22).

En última instancia toda la actividad jurisdiccional se mueve en la época de hoy en un equilibrio inestable entre exégesis y política del derecho, y la objetividad del juez, predicable en términos generales y con relación a las personas, es un valor que el ordenamiento jurídico, multiforme, abigarrado, apenas consiente. Y si ello es así, ¿no resulta perfilarse un Poder Judicial que se constituye no como contrapeso, freno o barrera, sino como ejecutor de autónomas valoraciones políticas, sin responsabilidades ante el cuerpo electoral? ¿No cabe pensar que detrás de la sagrada independencia del Poder Judicial, la situación real sea la absoluta dependencia en la práctica del Ejecutivo, que se ve sustituido en valoraciones políticas que legítimamente refrendaron las urnas? ¿No cabe imaginar

(22) Sobre todos estos temas, el interesante ensayo de G. ZACCARIA, «L'obiettività del giudice tra esegi normativa e politica del diritto», en *Riv. dir. civ.*, 1979 (6), pp. 604 ss., el cual concluye con observaciones extraordinariamente escépticas sobre el mito de la «objetividad» del juicio (pp. 645 ss.). Planeamiento aporético que es el que en el fondo lleva a COTTA, *loc. cit.*, pp. 425 ss., a decantarse por un papel del juez que obsequie como *ratio* política de la norma la de la mayoría política, si no quiere convertirse en un juez revolucionario, subvertidor del orden constituido.

la insurgencia de un derecho judicial frente al de origen parlamentario? ¿Qué es lo que está en real peligro? Sobre esto se ha de reflexionar, para configurar un Poder Judicial a la altura de nuestro tiempo y a la medida de su inalienable función. Para alcanzarlo no bastan grandes palabras que evocan valores, comunes a todos, pero de desigual entendimiento.

SOBRE EL SIGNIFICADO Y VIGENCIA DEL JURADO *

ERNESTO PEDRAZ PENALVA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

I. Introducción. Problemas suscitados en torno a la reimplantación del Jurado. — II. Origen y significado del Jurado continental europeo. — III. Conclusiones.

I. — La apasionada controversia surgida a favor y en contra de la participación popular en la Administración de Justicia trae origen inmediato de la normativa fundamental plasmada en el artículo 125 de nuestra Carta Magna y en su consiguiente interpretación (1). Al utilizar el término constitucional de «participación» (2) pretendo

* Este trabajo aparecerá publicado en el libro *Jornadas sobre el Jurado* (Cáceres, abril 1986), actualmente en preparación.

(1) Precepto constitucional de no muy afortunada redacción, que ha sido tildado de: «deficiente» (así por BELMONTE, J., *La Constitución. Texto y contexto*, Madrid, 1979, p. 285); «excesivamente genérico» (por SERRANO ALBERCA, J.-M., «Artículo 125», en *Comentarios a la Constitución*, dirig. por GARRIDO FALLA, F., Madrid, 1980, p. 1.326; «vago e insuficiente» (de este modo opina FAIRÉN GUILLÉN, V., «Los Tribunales de jurados en la nueva Constitución española (1978)», *RibDP*, 4, 1978, p. 762.

(2) Se emplea el vocablo «participación» en los arts. 9.2, 23 y 125 CE, también en el 19.2 y 83.2 LOJ. Rechazo el uso del término «colaboración», entre otras razones, porque es al que se acude, por ejemplo, en la LOPJ, arts. 454 y ss., para referirse bajo la inapropiada rúbrica «Del Personal al servicio de la Administración de Justicia» a Secretarios judiciales, Médicos forenses, Oficiales y Agentes judiciales, como asimismo a los miembros de los Cuerpos que puedan crearse por ley para el auxilio y *colaboración* con los Juzgados y Tribunales. Decimos «inapropiada» por cuanto, y como destacó FAIRÉN GUILLÉN, V., «Colofón a un comentario de la LOPJ de 1.º de julio de 1985», *RDP*, 1985, 3, p. 628, parece que se olvida que «los primeros que están al servicio de la 'administración de justicia'... son los jueces y tribunales».

excluir supuestos que en verdad son de colaboración, cooperación o auxilio con los Juzgados y Tribunales como, entre otros, pueden ser los de los asesores técnicos, el del denominado «jurado de acusación» (o «Grand jury») (3) —vigente en el Reino Unido hasta 1933 y que aún subsiste en Estados Unidos de Norteamérica (4)—, e incluso, desde la perspectiva de «un control democrático de la organización judicial», el de la intervención de los ciudadanos en sus órganos de gobierno —primordialmente en el Consejo del Poder Judicial—, etc. (5).

(3) GRAVEN, J., «Le sens et l'évolution du jury», *Rev. Int. de Crim. et de Pol. Tech.*, 1970, XIV, 2, p. 100, tras afirmar que «...el jurado debía ser un instrumento de prueba, de convicción, y no de decisión («jugement»)», sostiene que nació en Inglaterra en el siglo XIII bajo la forma del «jury d'accusation». Sobre el jurado de acusación francés, abolido en 1808, vid. OUDOT, C., *Théory du jury ou observations sur le jury et sur les institutions judiciaires criminelles anciennes et modernes*, París, 1843, pp. 267 y ss.; HELIE, F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, 2.^a ed., T. V, París, 1867, pp. 10 y ss., etc.

(4) Acerca del «Grand jury», vid. ORFIELD, L.-B., *Criminal procedure from arrest to appeal*, Connecticut, 1974, esp. pp. 178 y ss. y bibliografía «ivi» cit. La existencia de este instituto fue considerada por COMTE, traductor al francés de la obra de PHILLIPS, R., *De las facultades y obligaciones de los jurados*, trad. esp. de Ortiz de Zárate, Madrid, 1821, pp. CXII y ss., como una condición de la independencia del Poder judicial, por cuanto corresponde a este órgano la admisión o no de la acusación sin requerir autorización ni del poder ejecutivo ni de sus delegados. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, N., *Derecho procesal mexicano*, I, México, 1976, p. 319, para quien «el régimen del conocido como *Gran Jurado* es poco o nada satisfactorio, «de un lado, por ser expresión de justicia política... y, de otro, por el mecanicismo premioso a que responde, con su doble jurado, de acusación y de sentencia... (con el riesgo) de que el primero incurra en prejuizamiento o de que se contradigan las resoluciones de ambos...».

(5) Esta forma de «participación» ciudadana, con la que se ha llegado a decir que se lograría una mayor sensibilidad del colectivo judicial a las exigencias renovadoras de la sociedad, fue objeto de estudio en el Congreso celebrado en Taormina en abril de 1976, habiéndose publicado sus Actas en el núm. 1 de la Riv. Giustizia e Costituzione. De modo expreso se examinó la institucionalización de un vínculo entre los «Consigli giudiziari» y los Entes regionales. Sobre ello, vid. a Co, F., «Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella Costituzione italiana», en *I giudici senza tonga*, a cura di E. Amodio, Milano, 1979, pp. 80 y ss. Otras formas de articular la intervención de elementos no profesionales en los Tribunales de Justicia son expuestas por CAPPELLETTI, M., «Laienrichter heute?, Eine aktuelle Gründe eine verstärkte Beteiligung von Laienrichtern an den Zivilrechtlichen Rechtsprechung», en *Festschrift für F. Baur*, Tübingen, 1981, pp. 313 y ss., una exposición esquemática ha sido críticamente recogida por FAIRÉN, V., «El Jurado. Algunos problemas sobre el mismo», en *Estudios de Derecho procesal, civil, penal y constitucional*, II, Madrid, 1984, pp. 226 y ss., sobre la sustitución del jurado por un Tribunal de peritos ya se pronunció SALDAÑA, Q., *Ley del jurado comentada*, Madrid, 1935, pp. 140 y ss.

Objeto de este trabajo va a ser, por consiguiente, el Jurado, esto es, el Tribunal compuesto por jueces técnicos y legos, previsto para el enjuiciamiento de las causas penales (6). Obsérvese que aludo de modo exclusivo al ámbito procesal penal en clara congruencia con lo sancionado en el citado art. 125 CE («...y con respecto a aquellos procesos penales...»), precepto en el que se restringe a esa sede la actuación del Jurado (7).

El desacuerdo vigente entre los tratadistas en torno a la interpretación y modo de llevar a cabo el mandato contenido en nuestra Primera Norma respecto a la participación ciudadana en la Justicia, entre otros puntos, parece centrado en los siguientes:

En primer lugar, acerca de si la Ley del Jurado de 1888 fue objeto de derogación o por el contrario de mera suspensión. De este modo, por algunos autores, se ha dicho que «está simplemente en desuso, por cuanto jamás fue derogada, sino suspendida en 1936 por un decreto-ley de la Junta de Defensa nacional», que en ningún momento posterior fue sancionado por las Cortes (8), contrariamente, por otro sector de la literatura, se ha afirmado que puede y debe considerarse derogada (9).

En verdad las circunstancias por las que atravesó la Ley del Jurado de 1888 fueron muy complejas (10). En 1907 se excluyeron del

(6) Vid. la crítica formulada por HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht*, 2.^a ed., Stuttgart, Berlín, Köln, Mainz, 1968, pp. 126-7, a la expresión «jueces legos», mostrándose partidario de utilizar la de «jueces honorarios».

(7) En los países en que también esté prevista su intervención en el orden civil puede detectarse una tendencia hacia la desaparición del jurado en estos procesos «incluso en aquellos en los que las partes tienen la facultad de insistir para su intervención». Sic. Lord. Justice DIPLOCK, «La procedure civile en Angleterre», *Rev. Droit. int. et de droit. comp.*, 1964, 4, p. 197.

(8) De este modo por LÓPEZ-MUÑOZ, CID CEBRIÁN y USÚA GARCÍA, «En defensa del jurado español», en «El País», 5-V-1983. En verdad esta matización «la ley española del jurado, de 20 de abril de 1888, fue meramente suspendida (sic.) —no derogada— por el decreto franquista de 8 de septiembre de 1936», es de ALCALÁ-ZAMORA, N., *Derecho procesal mexicano*, I, op. cit., p. 312, nota h, autor que reitera este argumento en su trabajo, «A propósito del Jurado», en B.I.C. de Abogados de Madrid, 1980, 3, p. 15, nota 23, y pp. 16 y 17. También en idéntico sentido: GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, con HERCE-QUEMADA, 10.^a ed., Madrid, 1986, para quien «...quedó suspendido su funcionamiento (de la L. de 1888) 'en todo el territorio nacional'...», pero no derogada formalmente la Ley»; asimismo, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., «El Jurado en la CE de 1978», *Rev. Jca. «La Ley»*, núm. 437, 11-6-1982, p. 2.

(9) Así sostiene que debe considerarse actualmente derogada, FAIRÉN, V., *El Jurado*, con DE COCO, SERRA, ALMAGRO, GIMENO y otros, Alicante, 1983, p. 48.

(10) Sobre las incidencias por las que atravesó la Ley del Jurado de 1888, consúltense, más ampliamente, SALDAÑA, Q., *La Ley del Jurado comentada*, cit., pp. 36 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA, N., «A propósito del Jurado», cit., pp. 10 y ss.;

conocimiento de este Tribunal popular —con eficacia tal restricción únicamente en las provincias de Barcelona y Gerona— una serie de figuras delictivas; en 1920, y sólo para Barcelona, se suprimió el jurado para los delitos de terrorismo; en 1923 se suspendió el juicio por jurados en todo el territorio español; en 1931, mediante un Real Decreto —promulgado tres días antes de la proclamación de la II República (11)— fue restablecido pretendiéndose su entrada en vigor en enero de 1932; en varios decretos de 1931 (de 27 de abril, 18 de junio, 22 de septiembre, etc.) se introdujeron modificaciones en la Ley de 1888 relativas a las atribuciones de estos Tribunales, elaboración de listas de jurados, etc.; la Constitución de 1931 —de 9 de diciembre— recogió asimismo este instituto, genéricamente en su art. 103 y, con particular referencia a los procesos para la exacción de la responsabilidad civil y criminal de Jueces, Magistrados y Fiscales, en el art. 99 (esta norma fue legalmente desarrollada en 13 de junio de 1936); por Ley de 27 de julio de 1933 se redujo sensiblemente su competencia objetiva al sustraerse de su ámbito de conocimiento los delitos de terrorismo, tendencia limitativa confirmada con la Ley de 5 de agosto del mismo año que excluyó de su esfera la declaración del estado de peligrosidad e imposición de las pertinentes medidas asegurativas; la Ley de 17 de julio de 1935 implantó para el enjuiciamiento de determinadas causas atribuidas a la Sala de Justicia militar del Tribunal Supremo un órgano formado por Magistrados y por dos Generales de división del Ejército, designados estos últimos por el Ministerio de la Guerra (12). Con la guerra civil la Administración de Justicia pasó, en una zona, a manos principalmente de los Tribunales populares y, en la otra, a los Tribunales militares (13), suspendiéndose en esta última —la denominada nacional— el funcionamiento de los jurados mediante Decreto de 8 de septiembre de 1936 (14).

LIZASO PUERTAS, I., *Contribución al estudio del juez popular*, Tesis doctoral inédita, San Sebastián, 1985, esp. T. I, pp. 132 y ss., etc.

(11) Según ha resaltado FAIRÉN, V., «Los Tribunales de jurados en la nueva Constitución...», cit., p. 301, recogiendo con ello argumentos de Maura y de Fernández Almagro, en su desesperado y fallido intento de salvar la monarquía.

(12) MENÉNDEZ PIDAL, F., *Derecho judicial español (Organización de los Tribunales)*, Madrid, 1935, p. 301, cree encontrar en esta ley el origen español del escabinato, lo que es discutible, atendiendo, entre otros extremos, al modo de designación de sus miembros.

(13) Sobre la Justicia en esta época, vid. ALCALÁ-ZAMORA, N., «Justicia penal de guerra civil», en *Ensayos de Derecho procesal*, B. Aires, 1944.

(14) Acerca de los Tribunales populares en la zona republicana, vid. LIZASO PUERTAS, I., *Contribución al estudio del...*, cit., I, pp. 144 y ss. y bibliografía «ivi» cit.

Si las circunstancias relatadas se conectan con la promulgación del vigente texto constitucional podría concluirse que la discusión en torno a la derogación o la suspensión de la Ley del Jurado de 1888 es estéril. Lo decisivo es el hecho de que la Constitución de 1978 supone, y tiene que suponer, el punto de partida de cualquier desarrollo legislativo del mandato contenido en su art. 125, sin olvidar, además, que en virtud de la Disposición derogatoria tercera gran parte de esa decimonónica Ley está en evidente contradicción con nuestra Carta Magna (15).

En segundo lugar, el tema de si el tan mencionado art. 125 CE acoge únicamente al viejo y ya superado modelo clásico francés (Jurado puro) o si por el contrario la expresión «...los ciudadanos podrán... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma... que la Ley determine...», permite interpretarlo genéricamente y, por ende, tiene cabida el denominado Jurado mixto o escabinado (en el que junto a jueces peritos en Derecho o profesionales intervienen también elementos laicos, contribuyendo simultánea y de modo equivalente a formar la voluntad del órgano colegiado sentenciador). A mi juicio coexisten varias posibilidades de entender el dictado constitucional del artículo 125 y, en último extremo, de desarrollarlo en relación con lo previsto en los arts. 9.2 y 23 también de la CE, con lo que en principio discrepo de la posición de aquellos que, partidarios de una única lectura, mantienen que sólo viene acogido en nuestra Primera Norma el Jurado puro (16). Con ello me identifico con autores como FAIRÉN GUILLÉN, GIMENO SENDRA, MARTÍN OSTOS, VEGA RUIZ, SORIANO, LIZASO PUERTAS, etc., para quienes el escabinado (o escabinato) o jurado mixto es plenamente constitucional (17), por cuanto el uso por la

(15) Según defiende FAIRÉN, V., *Los Tribunales de jurados en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 77, nota 131, «...por la L.O. de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, en su Base 24.ª, núm. 88 (fue derogada la L. de 1888 E.P.); pero ésta... fue a su vez derogada... por la Ley de 20 de febrero de 1976 (BOE. del 23)».

(16) De este modo, ALMAGRO NOSETTE, J., *El Jurado*, con DE COCO, etc., op. cit., pp. 53 y 69, también GIBERT GIBERT, A., «Sobre el desarrollo del art. 125 de la Constitución: ¿Tribunal de Jurados o Escabinato?», RGGD, 1984, noviembre, pp. 2.310 y ss., desde perspectivas susceptibles de ser consideradas inadmisibles, LÓPEZ MUÑOZ, G., «En defensa del Jurado», Rev. Tapia, 1982, mayo-junio, pp. 18 y ss.

(17) FAIRÉN, V., «Los Tribunales de jurados y escabinos», en *Estudios de Derecho procesal...*, cit., I, pp. 191-2; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El Jurado*, con DE COCO, etc., pp. 55 y 58; GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», en Rev. Jca., «La Ley», VI, núm. 1.187, p. 3; MARTÍN OSTOS, J. de los S., «Algunas consideraciones sobre el Jurado», Anuario de la Facultad de Derecho, Univer-

Ley Fundamental del término «jurado» no significó que el constituyente optara por el puro o clásico, sino, de un lado, desterrar los «Tribunales populares» (con todas las connotaciones que históricamente tuvieron) y, de otro, adecuarse al término castellano «jurado» habida cuenta de que, aún, y pese a su general utilización ya en el siglo XIX, el de escabinado o escabinato —de origen francés— no ha recibido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Es importante a este tenor recordar asimismo que en el Código procesal penal francés vigente se sigue hablando de «jury» para denominar al miembro no profesional de la «Cour d'Assises».

Por los que se han decantado a favor de la restauración a ultranza del obsoleto jurado puro se tilda de «fraude a la Constitución» (18) y, en último término, a la participación popular en ella consagrada, cualquier intento de introducir el escabinado sin prestar mientes —como entre otros ha sido señalado por MARTÍN OSTOS (19)— al hecho de que el grado de participación ciudadana en la Administración de Justicia a través del jurado mixto es superior al que posibilita el puro (ocupando los miembros honorarios una posición en pie de igualdad a la de los profesionales, según afirma DE MIGUEL Y ALONSO (20)) en cuanto que el ciudadano interviene en la discusión y pronunciamiento no solamente de una parte de la sentencia, como acaece en el clásico (20 bis), sino que decide tanto sobre el hecho como sobre el derecho, sobre la culpabilidad como sobre la pena.

En tercer lugar, no existe acuerdo entre los estudiosos en torno a si la participación popular en la Administración de Justicia a través

sidad de Extremadura, Cáceres, núm. 3, 1984-1985, pp. 405 y ss.; VEGA RUIZ, J.-A., «El Jurado hoy», Servicio de publicaciones de Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias, 1983, pp. 25-6; SORIANO, R., «El derecho a la justicia popular: el nuevo Jurado español», Rev. Jca., «La Ley», VI, 1.118, p. 2, y del mismo, *El nuevo Jurado español*, Barcelona, 1935, pp. 123 y sss.; LIZASO PUERTAS, I., *Contribución al...*, cit., passim., autores como ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., «El Jurado en...», cit., p. 5, nota 5, opta por el escabinado pero «...como mal menor», esgrimiendo razones de todo punto distintas.

(18) Advirtiendo del peligro de una improvisada introducción del Jurado, mantiene esta opinión, ALMAGRO NÓSETE, J., *El Jurado*, con DE COCQ y otros, cit., p. 53.

(19) MARTÍN OSTOS, J., «Algunas consideraciones sobre...», cit., pp. 400-1.

(20) MIGUEL Y ALONSO, C., de, *Derecho Procesal práctico*, I, Barcelona, 1967, p. 55.

(20 bis) En contra, GISBERT, A., «En defensa del Jurado», RGD, 1986, enero-febrero, p. 26, y, del mismo, «Sobre el desarrollo del art. 125...», cit., p. 2.311, para quien cabe afirmar «el carácter del Jurado (puro) como institución que permite una superior intervención ciudadana».

del jurado —ya puro ya mixto— constituye no sólo un derecho sino también un deber. En este sentido GIMENO SENDRA sostiene que «se trata de un derecho, perteneciente a la esfera del "status activae civitatis"... Pero, al propio tiempo, ...no es sólo un derecho sino que entraña también el ejercicio de un deber... el jurado pertenece a la categoría, acuñada por CARNELUTTI, de los "derechos-deberes": Y es que también constituye una obligación del ciudadano prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (118 CE)» (21).

Con relación a este extremo podría destacarse:

a) Que la figura del «derecho-deber» es de difícil aplicación en el ámbito de los derechos públicos subjetivos. Debe tenerse en cuenta, además, la no muy feliz redacción de los arts. 125 CE y 19.2 y 83.2 LOPJ. En el 125 CE, cuyo tenor coincide con el del art. 19.2 LOPJ, se habla de que «...podrán participar...». En el art. 83.2.a) LOPJ se dice que «...la función del jurado será obligatoria...». Es decir, el legislador constituyente consagra un derecho del ciudadano que debe ser instrumentalizado por el legislador ordinario. En el mencionado art. 83.2.a) LOPJ el legislador ordinario regula como obligación la participación ciudadana en la Administración de Justicia a través del jurado. El rango de ambas normas es distinto, con clara primacía del de la Carta Magna, pudiéndose acaso entender que la LOPJ ha ido más allá del mandato constitucional contenido en el art. 125 CE al transformar en deber lo que en ese precepto se configuraba como derecho. Parece difícil situar al mismo nivel el derecho constitucional y la obligación legal. Soy consciente, no obstante, de que, a semejanza de otros ordenamientos y teniendo en cuenta la experiencia habida en ellos como asimismo la histórica española, ha pretendido el legislador ordinario protegerse contra el endémico, absentismo de los ciudadanos en esta tarea de participar en la Justicia, primordialmente evidenciado en determinado tipo de causas, bien por el objeto de las mismas, bien por los sujetos enjuiciados.

En el Derecho comparado se ha llegado a decir, así por AMODIO (22), que el principio de participación popular, presenta en las raíces ideológicas del jurado, tuvo una acepción profundamente distinta de la elaborada modernamente sobre la base de las normas

(21) GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», en Doc. Jca., XII, enero-julio, 1985, pp. 276-7.

(22) AMODIO, E., «Giustizia popolare, garantismo e partecipazione», en *I giudici senza toga*, op. cit., p. 16.

constitucionales. Al «pueblo», ante todo, no correspondía la jurisdicción, sí sólo limitar sus abusos, de manera que ser jurado no constituía un derecho sino un deber del ciudadano (con todo lo que liberalmente implicaba ser ciudadano, añadiríamos nosotros) asimilable al de pagar impuestos. De este modo, según puso de manifiesto LANZA (23) hay una analogía entre la prestación del servicio militar y la asunción de la función de jurado, pudiendo ambas ser consideradas como «formas de contribución personal» (24). En nuestro derecho histórico, contrariamente, por autores como PACHECO se llegó a decir que «...no es un derecho individual, ni un derecho del ciudadano. La organización del jurado es una función social, un derecho de la sociedad, un derecho del Estado, un derecho de la Nación» (25), postura también sustentada por MARTOS, quien, tras afirmar que su apreciación como derecho era opinable, dijo que «...basta a mi objeto considerarlo como una función social... cuyo desempeño toca a los ciudadanos...» (26).

De lo dicho podríamos concluir que no acogiendo la Ley Fundamental española tal derecho de participación en la Justicia como deber resulta difícilmente armonizable con la rotunda afirmación, sí recogida, por el contrario, en la LOPJ. Tal dificultad se incrementa en cuanto la expresión «...podrán...» del art. 125 CE y 19.2 LOPJ es común al jurado y a la acción popular y nadie puede pensar que el ejercicio de ésta pueda resultar obligatoria. A esto puede agregarse la dudosa conveniencia de que se articule como obligación el desempeño de una tarea que exige la concurrencia de toda la buena voluntad, disposición y aptitudes del ciudadano (que sustituirán o completarán la rutina e indiferencia que por algunos se atribuyen al Juez profesional), cuya prestación no espontánea —su omisión es penalmente sancionable— podría conspirar contra la rectitud y prudencia del veredicto.

(23) LANZA, *La giuria ed il giudizio penale, penale*, 1886, pp. 290-3, cit. por AMODIO, op. ant. cit., p. 16, nota 38.

(24) GABELLI, *I giurati nel nuovo regno italiano*, 1861, p. 40, nota 1, cit. por ALMODIO, op. ant. cit., p. 16, nota 38. Para nuestro sistema vid. GIBBERT GIBBERT, A., «La obligatoriedad de la función del Jurado» (Notas sobre un principio del Tribunal de Jurado), Rev. «Poder Judicial», 1985, 15, pp. 35 y ss.

(25) PACHECO, F. de A., *La Ley del Jurado comentada*, Prólogo de Alonso Martínez, Madrid, 1888, p. 302. Este autor, en las páginas 272 y ss. de esa obra, mantiene que el carácter obligatorio de la función de jurado va dirigido a «suplir por medios legales la falta de sentido social, que es una de las características del genio de nuestro pueblo».

(26) MARTOS, C., Discurso en la sesión inaugural del curso 1878 a 1879, celebrada el 30 de noviembre de 1878, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1978, p. 6.

b) En relación con lo anterior, es decir la configuración del derecho a ser jurado también como deber, cabe plantear la posibilidad de reconocer, en su caso, la objeción de conciencia como causa para poder abstenerse de ser jurado. A este respecto hay que tener en cuenta que en Francia, por Ley de 1980, se adicionó al art. 258 del Código de procedimiento criminal un párrafo según el cual la objeción moral de tipo laico o religioso no constituía motivo grave susceptible de justificar la exclusión de la lista de jurados.

c) Aun en el supuesto de que, efectivamente, se acatara la configuración también como deber del derecho constitucional popular en la Administración de Justicia, lo que resultaría evidentemente exigible al legislador, sería la subsunción de las conductas contrarias a tal deber en los actuales tipos penales sin recurrir a esa práctica, desgraciadamente no muy infrecuente entre nosotros, de crear figuras delictivas nuevas al margen del Código penal. Dentro de éstas, dispuso que podría constituir el incumplimiento de esa obligación un delito de denegación de auxilio (sancionado en el art. 372 CP), más que uno de desobediencia, como se ha sostenido por algún autor, por cuanto el fundamento de aquella conducta punible descansa en el deber de cooperar, incurriendo en la misma el que se negara a ello y no se trata de una simple negativa a acatar una orden que suponga menoscabo del principio de autoridad. De esta manera se evita la exaltación del mero principio de autoridad en favor del de la tutela de un interés general (art. 118 en relación con el 117, ambos de la CE).

En cuarto lugar constituye, asimismo, objeto de polémica si la celebración del juicio mediante jurados ha de quedar o no a la elección del acusado. Ya en la Orden de 14 de julio de 1931 (Gaceta del 16) se recordó su carácter potestativo, pudiendo por tanto los procesados optar por el Tribunal profesional o por el popular. Recientemente, LÓPEZ MUÑOZ, subrayando —innecesariamente, a mi juicio— que el Tribunal profesional no desaparece con el del jurado, ha dicho que «...viene a constituir una opción adicional que tiene el inculpado para decidir si quiere ser juzgado por un Tribunal de conciencia o un Tribunal de derecho estricto...» (27); el prof. ALMAGRO NOSETTE se muestra partidario de implantar el jurado con carácter electivo, con lo que, coherente y lógicamente, sostiene que ha de permitirse al justiciable que «...pueda elegir entre que lo juzgue un Tribunal de jurado, que lo juzguen sus pares o que lo juzgue un Tri-

(27) LÓPEZ-MUÑOZ, G., *El Jurado*, con DE COCO y otros, cit., p. 43, y en «Bases para una nueva Ley del Jurado», separata de la RGLJ, 1982, mayo, p. 452.

bunal solamente de técnicos...» (28). En contra de estas opiniones, PRIETO-CASTRO (29) condena radicalmente tal alternativa por estimarla inconstitucional al infringir el art. 24 CE (que proclama la admisibilidad del juez ordinario predeterminado por la ley); asimismo, GIMENO arguye que esa configuración del derecho al jurado como un derecho potestativo del acusado es inaceptable, «en primer lugar, porque podría vulnerarse el principio de "igualdad de armas", implícitamente recogido en el art. 14 CE, al no conferirse también dicha posibilidad a las partes acusadoras —y, si se otorgara también a ellas, podría suceder que no llegara a constituirse el jurado ante la actitud del Ministerio Fiscal, tal y como acontece en Portugal—; en segundo lugar, porque, con independencia de que en la práctica este derecho potestativo podría traducirse en desprestigio de la propia institución del jurado, la puesta en relación del art. 24.2 con el 125 CE podría llevar a la conclusión de una posible vulneración del juez legal en materia penal, que, dentro de su competencia objetiva, ha de ser el Tribunal del jurado; finalmente porque si el carácter imperativo de las normas procesales penales impide su disposición, mucho menos puede reconocerse una esfera de la autonomía de la voluntad en la constitución de un órgano jurisdiccional» (30).

En quinto lugar, y no menos importante por ocupar este orden en la enumeración, está el problema relativo a la articulación de un sistema eficaz y efectivo de selección de los jueces honorarios que no resulte excesivamente costoso y que no sea restrictivo ni clausista (31).

Finalmente, en sexto lugar, al tratar el tema de la determinación de la competencia objetiva del Tribunal popular, no hay acuerdo

acerca de la exclusión de su conocimiento de determinados delitos como, por ejemplo, el de terrorismo, los económicos, los de escasa entidad («Bagatellsdelikte»), etc. (32).

II. — Del simple enunciado de los principales problemas en torno al jurado, objeto de discusión en la doctrina, dimana la práctica imposibilidad de tratar de estudiarlos en este trabajo con un mínimo rigor, tarea únicamente factible si se emprende con carácter monográfico. Me centraré por consiguiente en el relativo a la vigencia y consecuente adecuación de este instituto a nuestra Norma Fundamental, lo que va a exigir tener en cuenta tanto el significado originario del recibido jurado francés como el de su evolución.

El sentido de estas líneas radica en la opción, que lamentablemente parece resuelta en España, a favor del jurado puro o clásico (en contra del parecer técnico de la mayoría del sector más progresista del Derecho procesal). Entre los argumentos que parecen subyacer en el fundamento de tal alternativa destaca el decimonónico, hoy ya ideológico y susceptible al menos de ser considerado demagógico —a espaldas de avances científicos y sociales—, de etiquetar al jurado clásico como instituto netamente democrático (33) —e incluso creador de democracia—, oportuno además si se tiene en cuen-

(32) Vid. sobre ello, entre otros, a GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», op. ant. cit., pp. 279 y ss.

(33) Así, LÓPEZ-MUÑOZ, G., *El Jurado*, con DE COCO, y otros, cit., pp. 44, «...la participación de los ciudadanos en la Justicia es fundamental para la propia democracia...», aunque no se pronuncia ni en pro ni en contra del jurado, califica a éste de más progresista; MEDINA MORALES, D., «Sobre la polémica en torno al Tribunal de Jurados», *Rev. Jca.*, «La Ley», 1984, V, núm. 1.050, p. 2; TOHARIA, J., «Los españoles ante el juicio con Jurado», *Doc. Jca.*, XII, enero-junio, 1985, 45/46, en la p. 290 dice que «...en la población española en general, la actitud ante el Jurado sigue presentando fuertes connotaciones ideológicas: las personas con una orientación más de izquierda, a favor...»; MONTERO RÍOS, E., «Algunas ideas generales acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado», *RGLJ*, 1872, T. XLI, p. 11, mantuvo que «...ya se le tenga como una forma concreta del gran principio de la soberanía popular que anima y fecunda a la sociedad de nuestro siglo...», y en la p. 119, «...es una condición de vida en un pueblo libre...»; ALONSO MARTÍNEZ, M., *Prólogo en La Ley del Jurado comentada*, de F. de A. PACHECO, op. cit., p. LI, «...el Jurado será una institución política... una garantía contra los desmanes del Poder ejecutivo y una garantía eficaz de la libertad individual y de los derechos de los ciudadanos...», en el *Informe que la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas eleva al Gobierno para el juicio oral y público ante Jurados*, en «Memorias de la R.A.C.M. y P.», T. 4.º, Madrid, 1883, p. 226, es calificado este instituto de «mecanismo político destinado a servir de estudio a las libertades individuales contra los desmanes del Poder público, el Jurado es, en ciertas circunstancias, y sobre todo en determinados pueblos, la institución que mejor responde a su fin».

(28) ALMAGRO NOSETE, J., *El Jurado*, con DE COCO y otros, cit., p. 54.

(29) PRIETO-CASTRO, L., «El Jurado en la Ley de 1888», *Rev. de Procuradores*, Madrid, 1982, núm. 86.

(30) GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», en «La Ley», cit., p. 3.

(31) Acerca de este punto, vid. GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», en *Doc. Jca.*, cit., pp. 278-9, sobre el reclutamiento de los Jurados en los países del «Common law», AVANZINI, A., «Il reclutamento dei giurati nei paesi di Common law, en *I giudici senza toga*, cit., pp. 231 y ss., respecto a alguno de los problemas suscitables, BOCCHI, A., «La partecipazione popolare in Assise nelle relazioni dei Presidenti delle Corti (1958-1974)», en *I giudici senza toga*, cit., pp. 133 y ss., históricamente para nuestro país, vid. PACHECO, F. de A., *Ley del Jurado...*, cit., pp. 21 y ss.; POZO MAZZETTI, M., *Ley estableciendo el juicio por Jurados*, 2.ª ed., Valencia, 1888, pp. 25 y ss.; VIPEGON, *Guía de los Jurados*, Madrid, 1901, pp. 117 y ss.; SALDAÑA, Q., *Ley del Jurado comentada*, cit., pp. 167 y ss.; GIL SANZ, «De la institución del Jurado», *RGLJ*, 1873, T. XLII, pp. 235 y ss.

ta el también esgrimido argumento del deterioro de nuestra Administración de Justicia, necesitada así de «legitimidad democrática». En cuanto estudioso del Derecho procesal, partidario del acercamiento de la Administración al ciudadano y particularmente de la Justicia a través de la fórmula ya experimentada del escabinato (como indiqué más arriba), me parece obligado objetar y acaso denunciar posiciones tendentes en suma a restaurar el trasnochado instituto del jurado puro, que prescinden de las razones que desaconsejan tal propósito y desdibujan en verdad el carácter democrático del precepto constitucional que se intenta cumplir.

El jurado recibido en España en el siglo XIX, al igual que en los demás países europeos continentales, fue el revolucionario francés, muy lejano al modelo inglés de tan distinto origen y legitimación. Liberalmente su incorporación a la Administración de Justicia respondía, desde su específica misión de contribuir a la «liberalización» de la sociedad, a unos presupuestos ideológicos y políticos determinados: a un concepto de Estado y sociedad que ya no está en vigor y, consecuentemente, a un sistema de división de poderes y a un concepto de ley que han perdido su significado en nuestro momento (34). El Estado liberal, organizado teóricamente a través de las tres funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial, ya desde el principio, destacando la legitimidad social de las dos primeras, descalifica y configura como «invisible y nula» a la ya jurisdiccional (MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XI, VI). Ejecutivo y legislativo integran públicamente los poderes socialmente existentes, apareciendo el judicial como carente de papel político alguno por cuanto, de un lado, su carácter se circunscribía a la mera subsunción de los hechos en la ley a través de la correspondiente sentencia, y de otro, porque la potestad de juzgar no debe ser atribuida a un senado permanente sino ejercida por personas extraídas del seno del pueblo... para formar un Tribunal que no dure más que lo que la necesidad lo exija...» (MONTESQUIEU, XI, VI). Dos elementos interesa destacar: ley y jurado, que de consuno articulan la concepción de la Jurisdicción y su consiguiente descalificación como poder, así como su organización.

(34) Sobre la vigencia de la división de poderes liberal, consúltese la obra *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Herausg. H. RAUSCH, Darmstadt, 1969, con trabajos de SCHNEIDER, KUSTER, DRATH, PETERS, etc., y demás bibliografía citada en mis trabajos, «La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», *RIbDP*, 1976, pp. 922 y ss., y «Reflexiones sobre el 'Poder' judicial y el PLOPJ», en *Rev. Jca.*, «La Ley», 1985, 2, pp. 1.124 y ss. (también este último publicado en *Doc. Jca.*, XI, vol. 1, abril-diciembre, 1984, 42/44, pp. 51 y ss.).

El jurado es liberalmente acogido en la Administración de Justicia con una doble finalidad:

A) Negativa, como instrumento frente al poder arbitrario del Rey y otros poderes residuales. La reconstrucción burguesa del judicial supuso históricamente una antagónica e inmediata respuesta a la posición y papel desenvuelto por los «Parlements» (35). El nuevo Estado, liberal, con un equilibrio originario destinado a resolverse, con el predominio inicial del legislativo y, una vez liberalizada la sociedad, con el del ejecutivo (ya burgués), no podía permitirse el arbitrio de las antiguas corporaciones de magistrados (integradas casi exclusivamente por representantes de la nobleza y clero del Antiguo Régimen) —o si se prefiere el absolutismo judicial—, lesivo de la libertad individual (36) ni tampoco, en un primer momento, residenciar en el ejecutivo la Administración de Justicia al que estarían sometidos los magistrados profesionales por aquél designados (37).

B) Positiva, como instrumento de la clase burguesa para su consolidación social.

Del mismo modo que el ciudadano tenía el derecho a participar políticamente, debía intervenir en la aplicación de la ley al caso concreto (38), evitando de ese modo cualquier desviación de su objeto

(35) Sobre los «Parlements», vid. DESMAZE, *Le parlement de Paris, son organisation, ses premiers présidents et procureurs généraux, avec une notice sur les autres parlements de France*, París, 1860, también HARDY, J., *Judicial politics in the Odd regime. The parlement of Paris during the regency*, Baton Rouge, 1967, TOCQUEVILLE, A., *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, 1969, pp. 87 y ss., y, del mismo, *Inéditos sobre la revolución*, Madrid, 1973, p. 82.

(36) De este modo Co, F., «Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudici penali nella costituzione italiana», en *I giudici senza toga*, cit., p. 92.

(37) De este modo PISANELLI, *Dell'istituzione de' giurati*, 2.ª ed., Napoli, 1868, pp. 195 y ss y 201 y ss.

(38) Téngase en cuenta el carácter formalmente totalizante y totalizador de la ley liberal, ley que, en cuanto tal y en su identificación con el derecho —en los primeros momentos liberales— suponía la concreción de la experiencia más general, la plasmación de la razón «natural» (así, HABERNAS, J., *Teoría y praxis*, B. Aires, 1966, pp. 57 y ss.), realizada desde la conciencia misma del Jurado, desde el conocimiento de un público representado por sus iguales en el Parlamento, siendo, pues, el resultado del proceso de reconocimiento legitimado previamente, desde estas premisas, por tanto, cualquier labor hermenéutica judicial no sólo connotaría una usurpación de funciones legislativas sino además, y lo que sería más grave, falsear la verdad de la ley. Si la ley es verdadera, y en cuanto tal conocida por todos, el técnico jurídico es innecesario y además peligroso, puesto que la ley es la ley y no lo que los jueces consideren como tal, por lo que éstos no pueden ni deben interpretarla sino únicamente aplicarla (sobre el concepto liberal de ley vid. NEUMAN, F., *El Esta-*

por el carácter judicial subsistente del viejo poder. Se completaba así el ciclo de control burgués de creación de la ley general —expresión de los intereses de esa clase representada por sus iguales en el Parlamento— (39) con el de su aplicación al caso concreto (momento en el que no podía permitirse el peligro de su interpretación, sino de modo exclusivo la interesada subsunción en ella de los hechos constitutivos del litigio) en conformidad con el rechazo del viejo juez profesional (40). Este particularismo burgués en la instrumentalización del jurado (consecuente, pues, con la homogeneidad y particularidad de los intereses hechos valer en el Parlamento), ya fue rotundamente denunciado por MARAT en el siguiente texto: «...Para echar polvo en los ojos y hacer creer que la Constitución está realmente fundada en los principios enunciados en la declaración de Derechos, los titiriteros de los comités de redacción la han acompañado del decreto que abole los títulos... y cualquier privilegio que atente contra el Derecho común de todos los franceses. Pero es falso que los padres conscriptos hayan, como pretenden, abolido toda institución que hiera la libertad e igualdad de los derechos; puesto que han comenzado por establecer como base de su trabajo las más humillantes distinciones, las más injuriosas e injustas, al excluir del derecho de ciudadanía, de elegibilidad en los cargos públicos y del honor de servir a la patria, a la innumerable clase de los desposeídos, declarados inactivos, no hábiles como electores, administradores, jueces y representantes del pueblo con sus decretos sobre la contribución directa de las tres jornadas de trabajo, de las diez jornadas de trabajo y del marco de plata, no han hecho sino sustituir las distinciones del nacimiento por las que la fortuna, la influencia de las dignidades por la del oro, la más vil y funesta de las prerrogativas...» (41). Alquiére, por tanto, pleno significado la normativa consagrada en el «Code d'instruction criminelle» de 16-29 de septiembre de 1791 que, en su Título XI, se preocupa mucho de

prescribir que la cualidad de jurado corresponde a todos los ciudadanos *en los que concurren las condiciones exigidas para ser electores*; esta expresión, que «prima facie» podría resultar un tanto equívoca, es explicada por BOITARD, acudiendo a la legislación de la época, del modo siguiente: «...no se dice que los jurados serán seleccionados entre los electores, esto sería decir demasiado poco, sino entre los ciudadanos capaces para ser electores. Para comprender la diferencia es preciso recordar que la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791 instituía dos grados de elección: había Asambleas no directamente a los miembros de las Asambleas legislativas, sino primarias compuestas por ciudadanos activos llamados a designar a los electores eligiéndoles de entre una determinada categoría. Los electores podían ser designados por las Asambleas primarias en nombre de los ciudadanos teniendo más de 25 años y disfrutando de una determinada renta... Así, aunque las Asambleas primarias no podían elegir entre las personas que gozaban de una renta especificada más que un número de electores proporcional a la población del lugar, es claro que los jurados eran seleccionados no sólo entre los electores elegidos por las Asambleas primarias, sino entre todas las personas que los asambleístas hubieran podido elegir, entre todas las personas con más de 25 años y que tuvieron 200 libras de renta en las ciudades de más de 6.000 almas, o de 150 libras en las ciudades con menor población» (42). Es desde estas premisas desde las que GARRAUD (43) afirmó que se confundían el derecho electoral y el poder judicial por el modo de reclutar a sus miembros para organizar el jurado.

Dichas condiciones para ser jurado, con algunos matices, pero siempre orientadas a excluir a la mayoría de la población (analfabetos, mujeres, obreros y, en general, los que no tuvieran unos ingresos económicos mínimos determinados, siendo la propiedad garantía de honestidad y de aptitud y capacidad para el mantenimiento del orden jurídico (44)) se mantuvieron distintamente en el siglo XIX, no ya sólo en Francia, sino asimismo en Alemania, Italia, Suiza, en la misma España (de este modo en la Ley de 1888), etc., en clara armonía con el coetáneo sufragio restringido.

do democrático y el Estado unitario: Ensayos sobre teoría y política legal, B. Aires, 1968, pp. 30 y ss.).

(39) Vid. PEDRAZ PENALVA, E., «La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de...», cit., pp. 925 y ss.

(40) Ya ESCRICHE, J., «Jurado», voz en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. III, Madrid, 1875, pp. 702 y ss., dijo que «...como consecuencia de las críticas y del odio contra los Parlamentos, a los que se miraba como el obstáculo más terrible para las innovaciones que se pretendía; así como por la consideración de que en el Gobierno representativo debía el pueblo tener parte en la aplicación de las leyes como la tenía en su formación...», se llegó al establecimiento de los Jurados.

(41) MARAT, J.-P., *Textos escogidos*, Prólogo, selección y notas de M. Vovelle, Barcelona, 1973, p. 156.

(42) BOITARD, *Leçons de Droit criminel*, recueillies par G. de Linage, revue, complétée et mise en harmonie avec tous les lois modificatives des deux codes par Faustin HELIE, 12 ed., París, 1880, pp. 679-680.

(43) GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, I, París, 1907, p. 79.

(44) Así, OUDOT, C.-F., *Théory du jury ou observations sur le jury et sur les institutions judiciaires criminelles anciennes et modernes*, op. cit., pp. 29 y ss.

Es significativo también en esta relación el que, a medida que se «liberaliza» la sociedad y se va integrando y consecuentemente «neutralizando» la judicatura (45), el papel desenvuelto por el magistrado va siendo progresivamente determinante y por ende corrector de las «desviaciones» en que pudieren incurrir los jueces honorarios. Puede hablarse en este sentido de una progresiva evolución del instituto que culmina en el escabinado o jurado mixto.

El escabinado o jurado mixto es el fruto de una evolución en la Europa continental que se inicia en Francia con la simultánea y estimada necesaria vigencia del «gran jurado» y «pequeño jurado». Tras la supresión del gran jurado o jurado de acusación por el Código de instrucción criminal francés de 1808 —entre otras razones técnico-procesales por la institución del Ministerio Público, que se conservó durante el período revolucionario por las «ventajas que presentaba atribuyéndosele exclusivamente el derecho a ser oído sobre la acusación en materia criminal y a "requerir" en interés de la ley» (46) y en nuestro país además por el reconocimiento de la acción penal popular (47)—, subsiste el pequeño jurado o reunión de ciudadanos que se limitan exclusivamente a pronunciarse sobre los hechos, a «decidir si el acusado es, o no, culpable del crimen que se le imputa», determinando en este sentido el conocido art. 342 del «Code d'instruction criminelle» francés: «c'est aux faits que les jurés doivent uniquement s'attacher; et ils manquent à leur devoir lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est, o non, coupable du crime qu'on lui impute». Pronto no obstante se puso de manifiesto la real imposibilidad de separar las cuestiones fácticas y jurídicas (48) como se evidenció en que los jueces honorarios

(45) Vid. sobre ello, más ampliamente, PEDRAZ PENALVA, E., «De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano», RAP, 1976, núm. 79, pp. 145 y ss.

(46) GARRAUD, R., *Traité théorique et...*, cit., I, pp. 78 y ss., en igual sentido BOILARD, *Leçons de Droit criminel*, cit., pp. 488 y ss. y 670 y ss.

(47) Se ha dicho que con la acción popular se perseguía evitar los peligros dimanantes del monopolio del MF (vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la LECrim.*, II, Barcelona, 1951, pp. 227 y ss.). Por autores como SILVELA, F., «La acción popular», RGLJ, 1888, 75, pp. 457 y ss., y esp. 483, llega a ser interpretada la acción popular como medio para lograr la supresión del MF, correspondiendo a los propios ciudadanos la protección de los intereses generales lesionados por el delito.

(48) Ya denunciada, entre otros, por PISANELLI, G., *Dell'istituzione de Giurati*, cit., pp. 150 y ss. También GAROFALO, citado por FERRI, E., *Los nuevos*

debían emitir un veredicto «no sólo sobre la materialidad del acto sino también sobre la culpabilidad del acusado, lo que implicaba tomar en consideración a la vez cada uno de los elementos constitutivos del delito y cada vez hecho justificativo o causa de inimputabilidad» (49). Inmediatas consecuencias de tal dificultad fueron, tanto el pronunciamiento de veredictos «chocantes, contradictorios e incluso escandalosos» (50) en alguna medida debidos a la incapacidad e imposibilidad de los jurados de cumplir esa tarea y al temor de que su pronunciamiento de culpabilidad fuere el desencadenante de que recayera sobre el imputado todo el rigor de la ley (51) (52) —en cuanto el magistrado aplicaría automáticamente el efecto jurídico normativo—, como la exigencia de que el Presidente del Tribunal asistiera a las deliberaciones de los jurados intruyéndoles sobre su cometido y respondiendo a sus peticiones de información y aclaraciones y, una vez que éstos se hubieran pronunciado sobre la culpabilidad, deliberar y fijar la pena en común (así en Francia con la Ley de 5 de marzo de 1932).

horizontes del derecho y del procedimiento penal, Madrid, 1887, p. 339, mantuvo que «...en los juicios penales es imposible separar el hecho del derecho, separación que él (GAROFALO) llama caprichosa, violenta y arbitraria»; en PACHECO, F. de A., *La Ley del Jurado...*, cit., pp. CLVI, «son perfectamente separables y pueden distinguirse con entera claridad».

(49) Sic. DE COCO, A., «Evolución y últimas reformas legislativas del Jurado francés», en *El Jurado*, op. cit., p. 19. A este tenor vid. los arts. 2 y 76 de la Ley del Jurado de 1888.

(50) Con tales calificativos alude GRAVEN, J., «Le sens et l'évolution du jury», *Rev. Int. de Crim. et Pol. tech.*, 1970, XXIV, 2, p. 105, a la evolución habida en Spiza. Para Francia consúltese, entre otros, a STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC, *Procédure pénale*, I, París, 1980, p. 346.

(51) Esta es una argumentación que ya aparece en los trabajos especializados del XIX. Vid. en esta línea, PISANELLI, G., *Dell'istituzione...*, cit., pp. XIII-XIV, en las que recoge el discurso de apertura de A. NARDIS, según el cual en Francia antes de 1832 el número de absoluciones era muy considerable por la excesiva severidad de la ley penal. En igual sentido se arguye en el *Informe que la R.A. de C.M. y P. eleva al Gobierno sobre el juicio oral y público ante Jurados* (por BENAVIDES, ALONSO MARTÍNEZ, COLMEIRO, CÁRDENAS, con voto reservado de L. FIGUEROLA), cit., p. 238. Recientemente aluden a la incompetencia y fragilidad emotiva del juez popular, CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, 1977, p. 145; GRAVEN, J., «Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse», *Rev. pén. Suisse*, 1938, p. 154 (este autor califica al juicio por Jurados de triunfo de la incompetencia); VOUIN, R., y LÉAUTE, J., *Droit pénal et criminologie*, París, 1956, p. 450, ven en el escabinado la fórmula para que los magistrados ejerzan sobre los Jurados una influencia moderadora (p. 452).

(52) La emotividad y credibilidad del Jurado ha sido uno de los argumentos esgrimidos en toda Europa en contra de este instituto, así, vid. por todos a WILLIAMS, Glanville, *The proof of guilt. A study of the english criminal trial*, London, 1963, pp. 271 y ss.

Es en esta línea en la que DONNEDIEU DE VABRES, tras poner de relieve la artificialidad de la separación entre la cuestión relativa a la culpabilidad, que es sometida al jurado, y la determinación de la pena, que depende de la «Corte», sostuvo que «...se ha querido que los jurados, cuando han de pronunciarse sobre el fondo, para declarar al acusado culpable o no culpable, se desinteresen del resultado de su respuesta. Esta es una exigencia absurda e inhumana. El jurado se preocupa, pues, de la imposición de la pena, que no depende enteramente de él. Temiendo a menudo... el espíritu represivo de los jueces, ha llegado, para prevenir la aplicación de un castigo excesivamente severo, a resolver en el sentido de una indulgencia excesiva las cuestiones que se le plantean. Es para prevenir los enojosos resultados de esta falta de confianza entre el "jury" y la "Cour" por lo que la Ley de 5 de marzo de 1932 llegó a asociar el jurado al Tribunal en la deliberación sobre la pena» (53).

No obstante ha de destacarse que tal benevolencia del jurado, que se ha convertido en la bandera de todos los adversarios del instituto, debe caracterizarse por su unilateralidad, en el sentido de que era interesada: los jurados han sido inflexibles en los delitos contra el patrimonio y clementes en las infracciones contra la Administración pública y el orden público (54), confirmando así «la observación de Maquiavelo, de que los hombres se dejan despojar más fácilmente de la sangre que del dinero...» (55). En idéntico sentido también DORADO MONTERO resaltó que era «un hecho notorio la propensión de los jurados (salvo en ciertos delitos, como los que van contra la propiedad) a absolver a los procesados y reconocer la concurrencia de circunstancias atenuantes...» (56).

El creciente peso que en el siglo XIX adquiere el magistrado en la decisión del juicio por jurados responde, además de a la necesidad de equilibrar la mencionada parcialidad y unilateralidad de los jurados, a exigencias técnico-jurídicas constitutivas de algunos de sus más graves inconvenientes, por ejemplo, la dificultad prácticamente insalvable de mantener la errónea idea de la separación del hecho y del derecho (57). Esas y otras causas, cuya consideración excede de

(53) DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3.ª ed., París, 1947, pp. 705-6.

(54) De este modo, AMODIO, E., «Giustizia popolare...», cit., pp. 17-18.

(55) FERRI, E., *Los nuevos horizontes del...*, cit., p. 333, en contra PACHECO, F. de A., *La Ley del Jurado...*, cit. pp. CL y CLI.

(56) DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, I, Madrid, 1915, p. 297, de este modo también SALDAÑA, Q., *Ley del Jurado comentada*, cit., p. 106.

(57) Amén de la bibliografía ya citada sobre ello, vid. las críticas a esta «ficción» en el Informe que la R.A.C.M. y P..., cit., pp. 217 y ss.

los límites de estas reflexiones, provocaron en la mayoría de los Estados europeos continentales (Francia, Grecia, Austria, Portugal, Suiza, Italia, Alemania, etc.) una evolución desde el jurado puro al mixto o escabinado, de modo que jueces honorarios y peritos de derecho, unidos en un solo órgano, se pronuncian conjuntamente sobre la culpabilidad y la pena (58), conciliándose de esta manera el interés en la conservación del jurado «con las exigencias de una Justicia criminal más sabia, querida por la evolución del Derecho penal» (59), o, desde otras perspectivas, tal vez como medio de mantener una publicidad activa general e inmediata en el proceso siempre necesaria (60).

El origen y significado revolucionario francés del jurado puro, junto con el sistema de selección de sus miembros, atribuciones asignadas, y modo y resultado de su funcionamiento decimonónicos, me parece que permiten considerar que el jurado clásico no es inmediatamente equivalente a institución democrática, sino más correcta y fielmente, instrumento derivado del incipiente Estado burgués mantenido después por la democracia formal burguesa que en sí mismo no supone garantía de libertad e igualdad, propia de un contexto constitucional posterior (61).

Lógicamente me refiero al jurado continental y no al anglosajón, cuyo origen y significado, como es sabido son, por cierto, notablemente distintos. No debe olvidarse que no pertenecemos al sistema del «Common law» en el que en general el derecho se origina como derecho judicial, crecientemente derivado de la necesidad jurídica del público, sino, contrariamente, al continental o del «Rechtsstaat»,

(58) Considero que en todo caso el número de jueces honorarios ha de exceder del de peritos en derecho.

(59) Sic. VOUIN, R. y LEAUTÉ, J., *Droit pénal et...*, cit., p. 452. También SORIANO, R., «El derecho a la justicia popular. El nuevo Jurado español», cit., destaca que el escabinado no supone la creación de una nueva figura procesal, sino la remodelación y enriquecimiento del Jurado clásico.

(60) GALANTINI, N., «L'educazione dei giudici popolari. Esperienze delle manualistica per i laici», en *I giudici senza toga*, cit., pp. 164 y ss., explica el proceso hacia el escabinado como resultado de la pérdida de los ideales revolucionarios liberales con el consecuente cambio en su consideración, ya no como intérprete de la opinión pública, como instituto que expresaba el sentido de un cuerpo social, sino, atomizándolo, como un conjunto de jueces individuales destinados a expresar un parecer individual; en alguna medida, pues, desde una institución de naturaleza esencialmente política se llegó a su casi exclusiva consideración desde aspectos técnico-jurídicos, siéndole extraño cualquier intento de entender al Jurado como expresión de la soberanía popular.

(61) Por LÓPEZ-MUÑOZ, G., *El Jurado*, con DE COCO, etc., op. cit., p. 44, se ha llegado a decir que «...la participación de los ciudadanos en la Justicia es fundamental para la propia democracia...».

en el que preexiste una legalidad: expresión de unas normas permanentes y ahistóricas, sistema éste en el que en modo alguno el proceso político deriva del judicial.

¿Frente a qué o a quién se pretende ahora restaurar el viejo jurado? La soberanía reside en el pueblo español —como proclama el art. 1.2 CE—, jurídicamente, pues, no puede hablarse de poderes residuales; el único poder que permanece es el constitucional a través del cual discurre la soberanía de todos (62). ¿Es quizás contra la judicatura? En nuestro sistema de la legalidad, los jueces son independientes, precisamente en cuanto sometidos a la ley cuya aplicación constituye la esencia de la función jurisdiccional, únicamente desarrollable a través del proceso (en cuanto instrumento necesario que garantiza la igualdad jurídica de las partes). La sola «legitimación» exigible al Juez radica en este sometimiento a la Ley (y no se olvide que la independencia judicial tiene exclusivamente sentido en cuanto sometido a la Ley). La Justicia no es, ni debe ser, un mecanismo indiscriminado de creación jurídica, sino de aplicación de ley al supuesto específico y conforme a su concreta finalidad constitutiva social (63). Huelga por consiguiente en ella todo problema de «opinión». Si «per se» el Juez es independiente e imparcial, no es muy perceptible el sentido de sustituirle total o parcialmente (64); sí, desde luego, verificar la efectividad de tal independencia e imparcialidad a través de los mecanismos orgánicos y procesales predeterminados mediante el control del contenido y lógica del juicio que ha de emitir (aparece así el carácter de instrumento de publicidad del escabinado con la presencia activa de los escabinos —lejos— en la misma elaboración interna de la decisión).

(62) Cfr. SILVA MELERO, V., «El Jurado en las direcciones jurídicas contemporáneas», Separata de la RGLJ, noviembre 1964, p. 5, destaca cómo el Jurado «cristaliza en su vertiente político-social durante la revolución francesa, con la proclamación de la soberanía del pueblo».

(63) Consúltese el trabajo de CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, en el que analiza la «creatividad judicial jurídica» en los países del «Common law» y en los del «Civil law».

(64) Cfr. desde perspectivas ideológicas y políticas muy concretas, BLAGOJEVIC, B., «Gli aspetti politici della partecipazione dei laici all'esercizio della giurisdizione», en *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova, 1958, p. 156, para quien el carácter estático del Tribunal y personal judicial hace casi imposible que el cuerpo legal y judicial pueda por completo responder a las nuevas tareas a afrontar: lo que significa que al menos en gran parte del personal judicial hace casi imposible que el cuerpo legal y judicial pueda por completo responder a las nuevas tareas a afrontar: lo que significa que al menos en gran parte el personal judicial no puede ser el exponente de las nuevas concepciones jurídicas, el custodio de la nueva legalidad, un activo colaborador para la realización del nuevo orden jurídico.

La corriente participativa que parece aflorar en los defensores del jurado puro puede acogerse dentro de la respuesta a la crisis de la representatividad política ordinaria que se suscitó en los países europeos occidentales del continente ya desde los años cincuenta. El jurado clásico (o puro), en su modalidad francesa, pretendería ser un medio más para remediar la escasa participación política consentida al ciudadano, olvidando, o pretendiéndose ocultar, que al ciudadano hay que asociarlo de modo general a la política —el mandato constitucional al legislador de la remoción de obstáculos del art. 9 CE, comprensiblemente ha de orientarse con prioridad al ámbito político—, como vía de apreciación de sus necesidades, y desde luego también la Administración, pero ya en esta vertiente importa de modo fundamental el inherente principio de una división racional del trabajo.

Pretender remediar una crisis jurisdiccional, aún tan profunda como la existente, con la participación ciudadana en tal función puede comportar, en algún modo, disolver la responsabilidad del fracaso del Estado en este ámbito. Si se estima que los jueces no están adecuadamente preparados, ha de buscarse el pertinente remedio para su capacitación y, consecuentemente, para su selección. Si se piensa que no actúan independientemente, hay que acudir a los instrumentos jurídicos normativamente previstos para erradicar tal desviación.

III. — El jurado puro, pues, tuvo sentido y significado en un momento histórico concreto: en el del tránsito del Estado liberal al Régimen liberal. La consecuente evolución del mismo en la mayoría de los países europeos continentales ha llevado al establecimiento del jurado mixto o escabinado (65). Dicha evolución no obedece tan sólo a razones político-constitucionales, sino asimismo a motivos técnicos, jurídico-procesales y materiales, económicos (66), etc. Pretender en 1986 acoger en nuestro Estado un instituto obsoleto supone desaprovechar la enseñanza que puede extraerse de la práctica de ese órgano en otros países y además ignorar las lecciones de la propia. Ciertamente nuestra Primera Norma, en su art. 125, proclama la

(65) En Italia se instauró el escabinado por R.D. de 23 de marzo de 1931, núm. 249, cuyo texto definitivo fue aprobado por R.D. de 4 de octubre de 1935, núm. 1899; en Alemania en 1924, con la reforma Emminger de 4 de enero; en Francia mediante Ley de 25 de noviembre de 1941, etc.

(66) Precisamente, y según resalta HARTUNG, F., «Um das Schwurgericht», *SSiW*, 1970, 82, p. 603, uno de los motivos por los que se acometió en Alemania la denominada reforma Emminger, fue el de disminuir los elevados costes que las indemnizaciones a los jurados implicaban.

posibilidad de que los ciudadanos participen en la Administración de Justicia a través del jurado, mandato constitucional que debe ser acatado, pero en sus propios términos. No puede deducirse de la mencionada norma nada que vaya en contradicción con el art. 117, también de la Ley Fundamental y que se reitera en el art. 1 LOPJ, a cuyo tenor la Justicia se administra «exclusivamente» por jueces y magistrados. Únicamente ellos aparecen investidos de potestad jurisdiccional. No caigamos por consecuencia en el gravísimo error del Decreto de 22 de septiembre de 1931, en cuyo preámbulo se decía: «La eminente función jurisdiccional de la soberanía popular que ejerce el Tribunal del jurado...» (67). Además, en el meritado art. 125, como ya destacamos más arriba, se prevé que dicha participación popular podrá llevarse a cabo «...en la forma... que la ley determine» (68).

El escabinado es una de las formas, evolucionada, del jurado (69) mediante la cual se facilita la salvaguardia de los principios y exigencias propios del Estado de derecho vigente, desde luego con mayor corrección y eficacia que el jurado. Mediante la deliberación conjunta de escabinos y magistrados se suprime la utópica exigencia de separar hecho y derecho, culpabilidad y pena (70); se cumple el precepto fundamental del art. 120.3 CE de motivar, fáctica y jurídicamente, las sentencias (71); se posibilita —como medio de garantía de publicidad— la adecuación de la Justicia a la realidad social políticamente reconocida a la que ha de responder (72); la interven-

(67) Este error ya fue denunciado por FAIRÉN, V., *Los Tribunales de Jurados en la...*, cit., pp. 103 y 104, en igual sentido ALEJANDRE, J.-A., *La Justicia popular en España*, Madrid, 1981, pp. 247 y 254.

(68) Cfr. GIBERT, A., «Sobre el desarrollo del art. 125...», cit., pp. 2.313-4.

(69) Así puede deducirse también de las palabras de PACHECO, F. de A., *La Ley del Jurado comentada*, cit., pp. CCXXXVI y CCXXXVII: «hoy sería imprevisor establecer en nuestra patria el escabinado en la forma en que se encuentra establecido en Alemania, y creemos que el Jurado responde más a las condiciones en que se halla nuestro país que el escabinado; que para el escabinado se necesita una aptitud más demostrada y general que para el ejercicio de las funciones de Jurado..., nosotros creemos que el Jurado es una preparación para el escabinado y que sólo después de algunos años... podría llegar a establecerse el escabinado...».

(70) Cfr. GIBERT, A., «En defensa del Jurado», cit., pp. 27 y ss.

(71) En contra, GIBERT, A., «En defensa del Jurado», cit., pp. 36 y ss.; LÓPEZ-MUÑOZ, G., *El Jurado*, con DE COCO y otros, cit., pp. 62-63, y, del mismo, «La Justicia penal por Jurados», Asociación Pro-Jurado, Madrid, s.f., p. 18. Respecto a las categóricas y erróneas afirmaciones que sobre la exigencia de motivación de las sentencias hace LÓPEZ MUÑOZ, vid. las agudas críticas que le formula AACALÁ-ZAMORA, N., *A propósito del Jurado*, op. cit., pp. 21 y ss.

(72) Cfr. BOCCHI, A., «La partecipazione popolare in Assise nelle relazioni del Presidenti delle Corti», en *I giudici senza toga*, cit., esp. pp. 106 y ss.

ción de los escabinos facilitará la lucha contra el esoterismo procesal y, en general, contra el críptico lenguaje jurídico, haciendo más comprensible al justiciable el sentido y significado de las sentencias y el camino para llegar a su pronunciamiento; se disminuyen los elevados costes que el jurado clásico connota, tanto en tiempo (y precisamente la celeridad de la Justicia es una de las exigencias sociales unánimemente reconocidas) como en dinero (73), etc.

La implantación del jurado puro se presenta, aparentemente al menos, como un intento no muy consecuente con la realidad vigente constitucional y sin excesivos argumentos que permitan mantener que con él pueda contribuirse a mejorar la Administración de Justicia, sino más bien a dificultarla.

(73) Tanto GIMENO SENDRA, V., «El Jurado y la Constitución», en *Doc. Jca.*, cit., p. 280, como GIBERT, A., «En defensa del Jurado», cit., p. 35, defienden con razón que lo económico no debe erigirse en argumento básico en contra de la participación popular en la Justicia, pero, aun coincidiendo con ellos, estimo que constituye un elemento a considerar. Recuérdese a este respecto lo sucedido en Alemania con la Reforma Emminger.

CUESTIONES GENERALES DEL PROCESO DE DIVORCIO

MANUEL DÍAZ SABINA

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Concepto. — III. Órgano Jurisdiccional. — IV. Competencia: A) Competencia objetiva; B) Competencia territorial; C) Competencia funcional. — V. Partes: A) Capacidad procesal; B) Legitimación. — VI. Intervención del Ministerio Fiscal. — VII. Posibles terceros interesados. — VIII. Postulación. — IX. Objeto del proceso. — X. Principios rectores del proceso: A) Principio dispositivo y de oficialidad; B) Principio de concentración; C) Principio de secreto. — XI. Otras cuestiones: A) La conciliación; B) Asistencia judicial gratuita; C) Medidas provisionales en relación con el divorcio; D) Normas de Derecho Internacional Privado en materia de divorcio. E) Normas de Derecho Intertemporal.

I. INTRODUCCIÓN.

En este artículo pretendemos estudiar los aspectos o cuestiones comunes al proceso de divorcio en su doble faceta de «contradictorio» y «consensuado», como son su concepto dogmático o doctrinal y el análisis de sus presupuestos, a saber, la jurisdicción, la competencia, las partes, etc., todo ello conforme a la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en nuestro Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

También aludiremos a las medidas provisionales a que hace mención el artículo 104 del Código Civil denominadas de primera fase o provisionalísimas, como inherentes a ambos tipos de procesos, ya que las denominadas coetáneas son propias del proceso contradictorio, para concluir haciendo una referencia complementaria a las normas del Derecho Internacional Privado y a las del Derecho Intertemporal.

II. CONCEPTO.

Este proceso podemos definirlo como «un proceso de cognición, constitutivo y de carácter especial por razones jurídico-materiales, atribuido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y que tiene por objeto una controversia acerca de la disolución del vínculo matrimonial».

Efectivamente, nos encontramos ante un proceso de cognición, ya que, como todo proceso de esta naturaleza, tiende a la obtención de una sentencia.

Se trata, además, de un proceso constitutivo, ya que a través del juicio y concretamente de la sentencia, se pretende y en su caso se logra la disolución del vínculo matrimonial existente, con la consiguiente modificación del estado civil de los cónyuges, por medio de la inscripción correspondiente en el Registro Civil.

III. ORGANO JURISDICCIONAL.

La jurisdicción, entendida como soberanía de poder en orden al ejercicio de la función de juzgar, corresponde en materia matrimonial, y concretamente de divorcio, única e íntegramente a los Tribunales Civiles del Estado español, conforme a la norma fundamental recogida en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que: «La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros». Quiere decir con ello que no existen Tribunales especiales ni especializados en esta materia.

Ahora bien, por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, la Disposición adicional 1.ª de la Ley establece:

«Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad de matrimonio en los casos siguientes:

- 1.º Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española.
- 2.º Cuando sean residentes en España.
- 3.º Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado.
- 4.º Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España.»

Es absolutamente necesario distinguir entre dicha norma y el artículo 107 del Código Civil que regula un problema jurídico-material circunscrito a determinar la Ley aplicable, mientras que aquélla determina la competencia judicial internacional.

La Disposición adicional 1.ª señalada ofrece la novedad de fijar normas específicas en relación con la competencia general de los Tribunales españoles en el intento de clarificación del tema, aun cuando su resultado no podemos considerarlo muy afortunado.

Efectivamente, la atribución de la competencia a los Tribunales se fundamenta, según esta norma, exclusivamente en el criterio de la nacionalidad y la residencia de los cónyuges, prescindiendo de otros puntos de conexión, tal vez más importantes, teniendo en cuenta el objeto especial de estos procesos, como por ejemplo, el referente al Registro Civil donde figurase inscrito el matrimonio. En este sentido no se ha tenido en cuenta por el legislador español el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que en materia de validez de la inscripción en Registros públicos, establece el criterio de atribuir la competencia a los Tribunales del Estado en cuyo territorio se encuentran estos registros, prescindiendo del domicilio y de la nacionalidad de los litigantes.

También es de destacar que el número tercero de la norma que consideramos, atribuye la competencia atendiendo exclusivamente al criterio de la nacionalidad y la residencia del demandante, lo cual, por resultar exorbitante, puede ser fuente de posibles colisiones en materia de competencia de los Tribunales de diversos países, pues de igual suerte que el cónyuge español reside en España puede plantear el divorcio ante los Tribunales españoles, el otro, si es extranjero residente en su país, podrá plantear idéntico proceso ante los Tribunales del Estado a que pertenece.

Es evidente que cada Estado puede libremente fijar las normas de su propia competencia judicial, pero las competencias exorbitantes tienen en la práctica una fácil solución, ya que el Juez del «*exequatur*» puede denegar el reconocimiento de la sentencia extranjera basándose precisamente en la calificación exorbitante de la competencia (1).

Resumiendo, vemos que la jurisdicción viene determinada por dos elementos, la nacionalidad y la residencia española, que actúan, independientemente en el caso de que ambos cónyuges sean españoles, aunque no residan en España, o ambos sean extranjeros, pero con residencia en nuestro país; combinadamente cuando el actor es

(1) LUCES GIL, F., *El nuevo régimen procesal de las causas matrimoniales*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1.252, año 1981, pág. 8.

español y reside además en España, sin tener en cuenta la nacionalidad y residencia del demandado, supuesto del que ya nos hemos ocupado especialmente; y sólo se tiene en cuenta el condicionante de la residencia y posición procesal, prescindiendo por completo de la nacionalidad, si el demandado reside en España.

En cualquier otro caso en que llegaran a faltar absolutamente los condicionantes de la nacionalidad y residencia, lo cual ocurriría cuando ambos cónyuges fueran extranjeros no residentes en España, y pretendieran plantear el proceso de divorcio ante la jurisdicción española, ésta tendría que declararse incompetente (2).

Para concluir, baste señalar que con esta normativa, el legislador ha dado cumplimiento, en cierto modo, al mandato constitucional fijado en el artículo 13-1.º y 24 de la Ley de Leyes (3).

IV. COMPETENCIA.

La competencia es necesario estudiarla en su triple aspecto de objetiva, territorial y funcional. La objetiva viene determinada por la materia o sea, tratarse de una cuestión relacionada con el estado civil de las personas, cual es la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio. La territorial determina como fuero legal preferente el domicilio conyugal, con otros de carácter supletorio. Por último, la funcional se basa en el sistema de doble grado o instancia y viene atribuida a las Salas de lo Civil de las Audiencias respectivas, a través del recurso de apelación.

Pasamos a estudiar cada una de ellas.

A) Competencia objetiva.

Esta competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia por «ratiorme materie», ello de conformidad con la Disposición adicional 3.ª de la Ley de Divorcio, o a los Juzgados de Familia en las capitales donde se han creado.

B) Competencia territorial.

Viene recogida en la Disposición adicional 3.ª de la Ley que atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia del lugar del

(2) MUÑOZ SABATÉ, L., *El proceso matrimonial*, Barcelona, 1981, pág. 19.

(3) GARCÍA VARELA, R.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M.; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *La Ley de Divorcio. Experiencias de su aplicación*, Madrid, 1982, pág. 126.

último domicilio conyugal y en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, se proviene dos fueron subsidiarios electivos, pues, a elección del demandante, son competente, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Añade el precepto que los que no tuvieron domicilio ni residencia fijas podrán ser demandado en el lugar en que se encuentren o en el de su última residencia, también a elección del demandante. Finalmente precisa, que serán nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en dicha norma. Esta última previsión resulta coherente con la moderna corriente que se opone o al menos restringe la aplicación de la disposición de las partes en materia de competencia territorial. Es decir, se impone un criterio contrario al del artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 42 de la Ley de Divorcio de 1932 era aún más rígido en esta materia, al señalar que el Juez examinaría de oficio su propia competencia, siendo nulos los acuerdos de las partes que alterasen lo establecido en el artículo anterior.

Aun cuando la Ley actual no especifica de forma concreta si el órgano jurisdiccional puede apreciar de oficio su propia competencia, ello se deduce de la norma que declara la nulidad de los acuerdos de las partes que alteren el fuero legal, y también porque la norma examinada al ser orden público, sólo podrá desplazar su eficacia, si el Juez examina de oficio su propia competencia territorial; a mayor abundamiento si tenemos en cuenta que el precepto se refiere a «acuerdos», habrán de entenderse que tanto la sumisión expresa como la tácita, quedan excluidas (4).

Hay que señalar que esta apreciación de oficio por el Juez, no sólo podrá realizarse «in limine litis», sino en cualquier momento procesal posterior, incluso en la sentencia.

No obstante, si se rechaza inicialmente la demanda por auto motivado, deberá oírse previamente al Ministerio Fiscal, por aplicación, siquiera sea analógica, del artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

C) Competencia funcional.

Para esta competencia se fundamenta la Ley en el sistema de doble grado, atribuyendo el conocimiento en primera instancia de las causas de divorcio, a los Juzgados de Primera Instancia, o a los de Familia en las capitales donde se han creado, y en grado de ape-

(4) BARRA RUIZ, E., *Problemas procesales y soluciones prácticas en los juicios matrimoniales*, Córdoba, 1984, pág. 40.

lación a las Audiencias Territoriales, salvo en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, que por su especial organización se atribuye a la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial.

En cuanto al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, la Ley no lo admite, salvo el que interponga el Ministerio Fiscal en interés de Ley, según la Disposición adicional 5.ª j).

V. PARTES.

A) Capacidad procesal.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 2.º dispone que «sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», por lo que sólo se reconoce capacidad procesal a los que gocen de la capacidad de obrar, y a su vez añade que «por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho». Esta norma, claro está, rige en el proceso que nos ocupa.

Al referirnos a la capacidad procesal en el proceso de divorcio, debemos distinguir entre la menor edad y la incapacidad, pues su tratamiento es diferente.

Refiriéndonos a la menor edad, es necesario señalar el artículo 314 del Código Civil que dispone que la emancipación tiene lugar, entre otros casos, «por el matrimonio del menor» y del 316 precisa que «el matrimonio produce de derecho la emancipación», para a su vez añadir a mayor abundamiento el 323 párrafo 2.º de dicho Cuerpo legal, que «el menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio». Ante esto, sólo cabe afirmar que los cónyuges, aun menores de edad, pero emancipados por el matrimonio, tienen capacidad procesal para comparecer por sí en el proceso de divorcio (5).

Llama la atención la Disposición adicional 8.ª de la Ley de Divorcio, al establecer que «...será parte el Ministerio Fiscal siempre que alguno de los cónyuges... sean menores, ...» ¿supone esta Disposición una derogación parcial de la normativa del Código Civil que acabamos de examinar? Hemos de contestar negativamente, al estimar que aun reconociendo la capacidad procesal del cónyuge menor de edad emancipado por el matrimonio, se exige como mayor garantía el que se constituya también en parte el Ministerio Fiscal, tenien-

do en cuenta la naturaleza de las acciones que se ejercitan en esta clase de procesos y la edad de los cónyuges o de alguno de ellos (6).

Tratamiento diferente lleva aparejada la incapacidad. En el supuesto de que uno de los cónyuges se encuentra declarado incapaz por enfermedad persistente de carácter físico o psíquico que la impida gobernarse por sí mismo, de conformidad con el artículo 200 del Código Civil, esta circunstancia llevará aparejada la falta de capacidad procesal, que deberá ser suplida por el tutor, y, como es lógico, teniendo en cuenta la clase de proceso de que tratamos, dicho cargo no podrá ser desempeñado por el otro cónyuge. Por otro lado y en virtud de lo dispuesto en Disposición adicional 8.ª de la Ley, también deberá ser parte el Ministerio Fiscal, en este supuesto de incapacidad.

En otro aspecto y al analizar el ejercicio de la acción de divorcio en el supuesto de incapaz, debemos pronunciarnos en el sentido de que podrá ejercitarla el representante legal del mismo, y por lo tanto solicitar el divorcio, no sólo en el caso de atentar contra su vida, sino en las demás causas del artículo 86 del Código Civil, ya que de no ser así, resultaría una menor protección jurídica que la dispensada a los plenamente capaces. Pero el problema es plantearlo en otro orden, si se comprueba que la incapacidad era anterior al matrimonio, ya que en este supuesto no estaríamos ante un caso de divorcio, sino de matrimonio nulo.

También es necesario indicar, que en aquellos casos en que exista no una privación sino cierta restricción de la capacidad de obrar, como ocurre en la declaración de prodigalidad, no se afecta la capacidad procesal del cónyuge, según resulta del artículo 296 del Código Civil, al igual que en la declaración de quiebra, que se proyecta principalmente en relación con la esfera patrimonial del quebrado a tenor de los artículos 1.324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estando plenamente capacitados para el ejercicio de la acción y para actuar directamente como parte en el proceso de divorcio.

B) Legitimación.

Sólo los cónyuges, como sujetos de la relación jurídica sustantiva que se integra en el objeto del proceso, que es el matrimonio celebrado entre ellos, están legitimados para ejercitar la acción de divorcio, y para soportar su ejercicio según se deduce del artículo 86 «in fine» y 88 del Código Civil, en cuanto que establecen que la mis-

(5) PÉREZ GORDO, A., *Los juicios matrimoniales*, Barcelona, 1982, pág. 401.

(6) BAENA RUIZ, E., *op. cit.*, pág. 42.

ma puede ejercitarse por ambos o por uno sólo de ellos, extinguiéndose por la muerte de cualquiera de los mismos (7).

No ocurre en este proceso como en el de nulidad, en el que se atribuye la legitimación, además de a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido norma casi tradicional el establecer la intervención del Ministerio Fiscal en todas aquellas cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas, y así aparece en el artículo 3.º-6 del vigente Estatuto del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, al comprender entre sus funciones la de «tomar parte en defensa de la legalidad del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil».

La vigente normativa de la Ley de Divorcio determina supuestos concretos de intervención del Ministerio Fiscal, pero además establece con carácter general en su Disposición adicional 8.ª, párrafo 1.º, que: «en todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes», de lo que se deduce que no sólo será de aplicación al proceso de divorcio ordinario o contradictorio, sino también al consensuado.

Una primera cuestión a plantear es la de si el Ministerio Fiscal debe ser parte en todos los procesos de divorcio, al tratarse de cuestiones que afectan al estado civil de las personas, y ello por aplicación de la normativa del Estatuto, o sólo en aquellos en que los cónyuges, o sus hijos, sean menores, incapacitados o ausentes, según lo preceptuado en la Disposición adicional de la Ley. Aun cuando la doctrina no es unánime en este aspecto, ya que algunos estiman que impera la norma del Estatuto, pues la Ley Orgánica debe prevalecer sobre la ordinaria, otros entienden que el Estatuto del del Ministerio Fiscal no impone con carácter general la actuación del mismo como parte en todos los procesos relativos al estado civil, sino sólo en aquellos en que una ley especial lo exprese. En el primer sentido se pronuncia PÉREZ GORDO entre otros; y en el segundo BONET NAVARRO (8).

(7) VALLS-GOMBAU, J. F., *Los procesos de nulidad, separación y divorcio*, Revista de Derecho Procesal, año 1981, núm. 4, pág. 728.

(8) BONET NAVARRO, A., *El nuevo régimen de la familia*, Madrid, 1982, II, pág. 1.069.

En rigor lo que ha pretendido el legislador al exigir la intervención del Ministerio Fiscal, es establecer una función tuitiva en aquellos procesos en que aparecieran personas imposibilitadas de defenderse, dejando al margen los demás supuestos, aunque se trate de asuntos que hacen referencia a la familia y al matrimonio, de indudable interés público.

También si tenemos en cuenta la finalidad de la Disposición adicional 8.ª que comentamos y su índole tutelar, se debe dar una interpretación extensiva y lógicamente amplia a los términos de incapacitados y ausentes, de tal manera que será necesario dar traslado al Ministerio Fiscal, emplazándole en calidad de parte, cuando sólo exista una presumible incapacidad de alguno de los cónyuges, aun cuando no haya sido declarado, lo mismo que en el caso del que se encuentre en ignorado paradero, y que no se le ha declarado ausente.

En otro sentido, podemos sólo plantear la posible disparidad que existe entre la Disposición adicional 6.ª en su número 6, y la 8.ª que comentamos, ya que la primera al referirse al proceso consensuado, parece en principio dar intervención al Ministerio Fiscal sólo en lo referente a los términos del convenio para que informe, cuando existen hijos menores o incapacitados, no obstante pensamos que dicha norma se complementa con la Disposición adicional 8.ª, ya que al ser de carácter general tendrá que intervenir dicho Ministerio como parte en el proceso consensuado, en los casos ya analizados, pudiendo oponerse a la pretensión de divorcio, e informando respecto de los efectos de la resolución relativa a los hijos menores o incapacitados.

Pero la solución rigurosa del problema exige tomar posición acerca del tema de más amplio alcance suscitado antes, a saber, el concerniente a la posición de la Ley Orgánica en el sistema de fuentes. A este propósito hay que tener en cuenta que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el legislador orgánico es un constituyente permanente (sent. 22 febrero 1982). Sobre la materia es fundamental la oportación del profesor JAVIER PÉREZ ROYO (9).

VII. POSIBLES TERCEROS INTERESADOS.

En general hay que reconocer que el complejo de garantías que el proceso moderno ofrece, está primordialmente pensado y establecido en beneficio de aquellos sujetos parciales que ostentan la con-

(9) PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, págs. 68-78.

dición de parte: actor y demandado. No obstante, la sentencia puede ejercer su eficacia, y por tanto sus eventuales riesgos, no sólo en la esfera de las partes, sino en la de los terceros, a veces de una forma *refleja* y en otras de una forma *directa* (10).

La Ley para proteger a los terceros de esta posible repercusión arbitra los medios necesarios para darles la posibilidad de participar en el proceso a través de la intervención adhesiva, a veces incluso provocada.

Ahora bien, tal tipo de intervención no se puede plantear en el proceso de divorcio, ya que por su naturaleza al afectar a la disolución del vínculo matrimonial, sólo a los cónyuges incumbe y corresponde la legitimación activa y pasiva de una forma excluyente.

No obstante, sí podemos hablar de unos terceros interesados en el proceso de divorcio, que aun cuando no pueden intervenir, sí les alcanzarán sus efectos, cual es el caso de los hijos menores al repercutirles lo referente a su custodia, régimen de visitas, pensiones alimenticias, etc. Por ello el legislador para tutelar sus derechos exige la presencia en el proceso del Ministerio Fiscal cuando éstos existan; y además se preceptúa que deberán ser oídos, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, facultando al Juez para recabar el examen de especialistas, antes de resolver sobre el cuidado y educación de los mismos (art. 92 del Código Civil).

Finalmente hay que añadir que la sentencia firme no perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil (art. 89 del Código Civil).

VIII. POSTULACIÓN.

De conformidad con los criterios generales contenidos en los artículos 3 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la comparecencia en estos juicios de divorcio será por medio de procurador y bajo la dirección de letrado, pero, a mayor abundamiento la Disposición adicional 6.ª al referirse al procedimiento consensuado, tanto en su apartado 9 como en el 12 que lo repite, exige la intervención de abogado y procurador, pero facultando a las partes si así lo estiman, a valerse de una sola persona que asuma la asistencia técnica y la representación. Conviene destacar, que la repetición de los números 9 y 12 de la Disposición adicional 6.ª referente a la postulación, sólo acarrea desprestigios y justas críticas a los órganos legislativos. Por

(10) MORÓN PALOMINO, M., *El proceso civil y la tutela de los terceros*, Anales de la Universidad de la Laguna, Facultad de Derecho, año 1966, pág. 4.

lo demás, si el divorcio se plantea de consumo es lógico que se haya previsto esta posibilidad de letrado y procurador único, si merecen la confianza de ambos cónyuges, como fórmula que moderará y armonizará los criterios de los esposos (11).

IX. OBJETO DEL PROCESO.

El objeto de este proceso viene constituido por la pretensión procesal y la posible resistencia a la misma. Dicha pretensión tiene como apoyo alguna de las causas de divorcio señaladas en la Ley. De ahí que examinemos en este lugar los motivos o causas de divorcio que recoge el artículo 86 del Código Civil. Como es sabido, las referidas causas que son objetivas, salvo excepciones, y fundamenta el denominado divorcio remedio, son los siguientes:

Causa primera: «El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiere interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.»

Para interponer la demanda de divorcio con base a esta causa precisa:

- 1.º El haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, que constituye requisito indispensable.
- 2.º El cese de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido, desde la interposición de la demanda de separación.
- 3.º Que la demanda de separación se haya formulado por ambos cónyuges conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro.

Es de destacar que el plazo hábil para el ejercicio de esta acción comienza desde el momento de presentación de la demanda de separación ante el Juzgado, haya o no recaído la correspondiente sentencia, y dado que la norma no hace referencia alguna a que se haya admitido la misma a trámite, hay que entender que se computará desde el momento de su presentación.

Tampoco es necesario en este supuesto alegar ni probar la causa de la ruptura, ya que, como el lógico, tiene su justificación en el mutuo acuerdo previo, y aun cuando el mismo parece orientado

(11) ENTRENA KLETT, C. M., *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1982, pág. 598.

para que los esposos busquen el divorcio conjuntamente, no es obstáculo que se utilice por uno solo de ellos en proceso contradictorio.

Como complemento diremos que esta causa tiene, en cierto modo, su precedente en el artículo 39 de la Ley de Divorcio de 1932, que exigía como plazo, dos años cuando se solicitaba por ambos cónyuges y tres si se pedía por uno solo, a contar de la fecha de la sentencia de separación.

Causa segunda: «El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación, o si transcurrido el expresado plazo, no hubiere recaído resolución en la instancia.»

Del análisis de esta causa se aprecian las siguientes notas:

1.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido.

2.º El plazo se computa desde la interposición de la demanda, si transcurrido el mismo no se hubiere resuelto el procedimiento.

3.º En este supuesto, a diferencia del anterior, no requiere que la demanda de separación previa sea de mutuo acuerdo, estando legitimado activamente para formular el divorcio, tanto el cónyuge demandante como el reconviniente.

Aquí aun cuando se presume que los esposos actuarán con clara disparidad de voluntades, no se puede objetar que se llegue al divorcio con mutuo consentimiento, si las diferencias previamente existentes fueron superadas.

Causa tercera: «El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos.

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de algunos de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.»

Esta causa exige en principio un requisito temporal de al menos dos años de cese ininterrumpido de convivencia conyugal, y recoge en el apartado a), tres supuestos distintos a solicitud de cualquiera de los cónyuges.

Primero: La separación de hecho consentido libremente por los dos cónyuges.

Segundo: La firmeza de la resolución judicial de separación.

Tercero: La declaración de ausencia legal.

No obstante, no se comprende fácilmente la indicación que hace el legislador de que puede formularse a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando se trata de aplicar al caso de declaración de ausencia legal, pues lógicamente debe quedar referido al cónyuge del ausente, que tendrá que acompañar a la demanda el testimonio del auto de declaración de ausencia con expresión de firmeza.

Luego en el apartado b), además del cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años ininterrumpidamente, debe el actor demostrar que al iniciarse la misma, el otro estaba incurso en cualquiera de las causas de separación que establece el artículo 82 del Código Civil.

Basta añadir, que tal vez sea ésta una de las causas más alegadas según las estadísticas, de manera especial cuando la separación de hecho se presenta libremente consentida por ambos cónyuges, lo que permite legalizar a través del divorcio, múltiples situaciones de separación y convivencia de hecho.

Por lo demás, sólo decir que este supuesto tiene también, en cierto modo, su precedente en la número 12 del artículo 3.º de la Ley de Divorcio de 1932.

Causa cuarta: «El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.»

Se exige en este caso solamente, el cese efectivo de la convivencia conyugal y el transcurso del plazo de cinco años al menos en dicha posición, sin tener en cuenta si fue o no aceptada por ambos. Ahora bien, cabe pensar que la causa está prevista para el supuesto de la cesación de la convivencia conyugal con oposición de hecho de uno de los consortes, ya que de no ser así, sería más lógico acudir a la causa tercera, letra a), que sólo exige dos años de término hábil para instar el divorcio.

Causa quinta: «La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.»

Aparece aquí contemplada en esta causa, una fórmula que recoge la actividad punitiva de una de los cónyuges en virtud de sentencia firme como autor, cómplice o encubridor, de una infracción contra la vida del otro y con independencia de su grado de consumación, frustración o tentativa. Según un sector de la doctrina, constituye

un claro ejemplo del prototipo divorcio-sanción, aun cuando para otros, se engloba en la fórmula divorcio-remedio, pues recoge la situación de crisis o ruptura matrimonial, que ya se ha producido con la misma.

Es necesario aclarar, que no precisa la norma de una manera diáfana, si debe extenderse también a los ascendientes y descendientes del cónyuge culpable, a lo que nos pronunciamos en sentido negativo, pues creemos que el espíritu del legislador se refiere a los del cónyuge inocente; por el contrario, no existe duda de que recoge también a los hijos adoptivos, ya que al concepto de «descendientes» hay que darles un sentido verdaderamente amplio.

Resumiendo, después de examinar las causas que determinan el divorcio, vemos que nuestro Ordenamiento jurídico no admite el mismo por el simple consentimiento de las partes, sino a través de una separación de hecho, de una separación legal o sentencia condenatoria, debidamente acreditadas y probadas.

En otro aspecto, conviene también matizar la clase de controversia que se trata de resolver en el proceso de divorcio, que a su vez se nos presenta como una modalidad distinta de la separación y de la nulidad.

Efectivamente, el proceso de divorcio tiene por objeto una controversia referente a la *disolución del vínculo matrimonial* válidamente constituido, por causa sobrevenida a su celebración.

Por lo tanto, si el objeto jurídico de este proceso es la disolución del matrimonio, y este efecto se consigue, de producirse la reconciliación de los cónyuges en momento posterior a la sentencia tendrán que contraer nuevo matrimonio, si así lo desean (art. 89 del Código Civil «in fine»). Si la reconciliación tiene lugar durante la pendencia del proceso, el objeto de éste desaparece y se estará ante una hipótesis de extinción anormal.

La diferencia del proceso de divorcio con el de separación es clara, en cuanto que el objeto de éste no es una controversia que afecta para nada al vínculo matrimonial, sino simplemente a la *suspensión de la vida en común* de los esposos por causas sobrevenidas a su celebración, de tal manera que su reconciliación deja sin efecto incluso la sentencia dictada con sólo ponerlo en conocimiento del Juez que haya conocido el litigio (art. 84 del Código Civil).

Si nos referimos a la diferencia del proceso de divorcio con el de nulidad, debemos precisar que el objeto de éste, genéricamente considerado, implica una controversia referente a la disolución del vínculo matrimonial por causas coetáneas al momento de su celebración, y no sobrevenidas, como ocurre en el caso de divorcio.

Aunque el proceso de divorcio resulta perfectamente diferenciado del de nulidad y del de separación, existen rasgos o característi-

cas comunes a los tres: 1.º) Todos tienen por objeto una controversia que afecta al estado civil de las personas. 2.º) La sentencia estimatoria es de carácter constitutivo. 3.º) Y también los principios son en buena medida comunes.

X. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO.

La especialidad del proceso de divorcio produce unas alteraciones de las normas comunes del procedimiento, en el que las partes, aun teniendo un amplio poder la disposición, lo ven limitado por una nota de cierta oficialidad, debida a la intervención del Ministerio Fiscal y a los intereses en juego, que aparta, en escasos supuestos, la actividad del Juez a valorar la simple aportación de las partes, sin que ello nos induzca a considerar el proceso de divorcio como del tipo inquisitivo (12).

Examinemos los principios informadores de este proceso por separado.

A) Principio dispositivo de oficialidad.

En el proceso de divorcio, como es lógico, rige el principio dispositivo, ya que la parte actora es la que concreta el objeto del mismo ejercitando la acción de divorcio, en lugar de la de separación o nulidad, así como determinando la causa que alega como base de la misma, pudiendo en cualquier momento desistir del procedimiento o renunciar de la acción ejercitada, sin que el Juez pueda tomar parte activa en la dirección material del proceso. También corresponde a las partes, el solicitar el recibimiento a prueba y proponer las que quieran utilizar, para justificar su pretensión u oposición.

No obstante, si tenemos en cuenta que el objeto sobre el que versa este proceso de divorcio afecta al estado civil de las personas, de un indudable interés público, este principio dispositivo se ve atenuado al entrar en juego, en cierta medida, el principio inquisitivo, quedando excluida tanto la sumisión expresa como la tácita y facultando al Juez, que puede acordar para mejor proveer cualquier prueba, cuando tengan dudas sobre la concurrencia de las circunstancias que en cada caso se exigen para el divorcio, según se establece en la Disposición adicional 5.ª i), y en términos análogos en la 6.ª-6.

(12) VALLS-GOMBAU, J. F., Op. cit., págs. 720-721.

Como concesión al principio de oficialidad, se impide que las partes puedan disponer del objeto del proceso y crear una verdad formal, distinta de la material, debiendo el Juez comprobar en cada caso si la causa alegada es cierta, con independencia de las alegaciones de las partes, para evitar cualquier fraude de Ley.

Como consecuencia se puede afirmar, que no cabe el allanamiento, al ser necesario en todo caso comprobar la causa alegada. No obstante en la práctica judicial hay supuestos en que puede darse, cuando de la demanda y documentación fehaciente acompaña a la misma resulta acreditada la causa, como en la 5.ª del artículo 86 del Código Civil, cuando se acompaña la certificación de la sentencia condenatoria y el demandado se allana.

Por este mismo principio, no es posible la transacción de las partes que prohíbe expresamente el artículo 1.814 del Código Civil, cuando determina que: «No se puede transigir sobre las cuestiones matrimoniales». Por ello sólo cabe a las partes llegar a un acuerdo, y continuar el procedimiento contradictorio por el consensual, aportando el convenio regulador que se exige para este supuesto.

B) Principio de concentración.

Este principio que trata de reconducir el procedimiento a pocos trámites, se hace más patente en el tipo consensual, ya que después de la admisión de la demanda y ratificación de las partes puede dictarse sentencia. En el proceso contradictorio, influido por la escritura, y en la medida en lo que ésta impera, la concentración no se da.

C) Principio de secreto.

En este tipo de proceso no rige el principio de publicidad de las actuaciones, y aparece el que podemos denominar de «secreto», al establecer la Disposición adicional 8.ª, párrafo 2.º, que: «Las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales no tendrán carácter público», ello en justa correlación con el artículo 120,1 de nuestra Constitución, donde se señala que: «Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento».

El fundamento de la no publicidad en este tipo de procedimientos, se sustenta en que ello se prestaría a desvelar intimidades que a nada conducen, y menos a una posible reconciliación de los cónyuges.

XI. OTRAS CUESTIONES.

A) La conciliación.

El proceso de divorcio contradictorio aparece exceptuado expresamente de la conciliación según la Disposición adicional 5.ª, apartado a), que preceptúa, «no será necesario intentar previamente la conciliación», lo que resulta lógico por dos cuestiones, la primera y fundamental, al no permitirse la transacción sobre las cuestiones matrimoniales, y también porque el acto de conciliación, aun cuando fue concebido con grandes esperanzas de evitar litigios, se ha convertido en un simple trámite y dilatorio.

En el proceso de divorcio consensuado igualmente queda exceptuado el acto de conciliación, ya que aun cuando la Disposición adicional 6.ª no diga nada al respecto, el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de dejar su celebración al arbitrio de la parte actora, lo prohíbe expresamente, entre otros supuestos, en aquellas materias no susceptibles de transacción, como la que nos ocupa.

B) Asistencia judicial gratuita.

En el proceso de divorcio contradictorio también se regula expresamente el trámite ante la solicitud de este beneficio, al preceptuar en la Disposición adicional 5.ª, apartado b), que: «Cuando se solicite beneficio de justicia gratuita, por el actor o por el demandado, se sustanciará el incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos», lo que viene a ser una reproducción del artículo 45 de la Ley de Divorcio de 1932.

Si nos referimos al proceso de divorcio consensuado, aun cuando la Disposición adicional 6.ª no regula nada en este sentido, hemos de indicar que la solicitud del beneficio de justicia gratuita tiene idéntico tratamiento según los artículos 22 y 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que lo considere como un incidente del proceso principal, a sustanciar en pieza separada, y no suspendiendo el curso de éste.

Conviene aclarar que en este supuesto de divorcio de común acuerdo el beneficio de justicia gratuita podrá ser solicitado por uno sólo de los cónyuges, o por ambos, en cuyo caso pueden formarse dos piezas separadas para tramitar las demandas respectivas cuando se hayan presentado por separado, pero no vemos inconveniente.

niente alguno a que se tramite en una sola pieza, cuando la demanda se hubiere formulado conjuntamente.

C) *Medidas provisionales en relación con el divorcio.*

Con anterioridad al proceso de divorcio tanto contradictorio como consensuado, puede cualquiera de los cónyuges solicitar la adopción de las medidas a que hacen referencia el artículo 104 del Código Civil, así como el artículo 1.881 reformado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denominadas medidas provisionales y también de primera fase.

A las medidas que se pueden solicitar se refiere el artículo 103 del Código Civil, y aluden a la custodia de los hijos, así como al derecho de visita del cónyuge que no los tuviere en su compañía; al uso de la vivienda familiar; a la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir a las cargas del matrimonio, así como la que se fije para «litis expensa», a la administración de los bienes gananciales, al igual que los privativos cuando estuvieren especialmente afectados a las cargas del matrimonio. Algunas de estas medidas se aproximan al concepto de medidas cautelares.

El artículo 104 del Código Civil autoriza a cualquiera de los cónyuges que se proponga demandar el divorcio a solicitar dichas medidas y el artículo 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que figura entre los incluidos en la última reforma procesal, alude sólo a la mujer casada que se proponga interponer demanda de divorcio. Creemos que este artículo responde a la necesidad de considerar a la mujer más necesitada de protección cuando sólo inste la separación provisional de su esposo y en todo caso petición de auxilios económicos, ya que si el marido es quien pretende la misma, no es frecuente que acuda para esto a la vía judicial, pues la llevaría a cabo por propia iniciativa, interponiendo seguidamente la correspondiente demanda. Por el contrario, el artículo 104 del Código Civil, al referirse a ambos cónyuges, se remite a las medidas del artículo 103, que son, indudablemente, más complejas. No obstante la solución a que llegamos es la misma, ya que el procedimiento es idéntico para ambos supuestos. Efectivamente, la Disposición adicional 4.º, párrafo 1.º, determina que el trámite a seguir para las medidas del artículo 104 del Código Civil será el establecido en los artículos 1.884 y 1.885 de la Ley Procesal Civil.

La competencia vendrá atribuida al Juzgado de Primera Instancia del domicilio conyugal, aun cuando el artículo 1.881 de la Ley procesal, al referirse a la mujer, indica que será el de su domicilio, que lógicamente debe entenderse, el conyugal.

No se permite en su tramitación plantear cuestión de competencia, ni es preceptiva la intervención de abogado ni procurador.

La legitimación activa y pasiva corresponde a los cónyuges, debiéndose aportar con la solicitud la correspondiente certificación de matrimonio, así como la de nacimiento de los hijos, que se puede suplir en el Libro de Familia.

Se plantea el problema de si debe intervenir en este tipo de medidas el Ministerio Fiscal. Gran parte de la doctrina es contraria a esta intervención (13), y a ello debemos añadir que la misma deberá quedar limitada al supuesto de que el cónyuge demandado se encuentre ausente o sea incapaz.

El procedimiento se inicia con un escrito, indicando las medidas que se interesan de las relaciones en el artículo 103 del Código Civil. Efectuada la ratificación por el solicitante el Juez señalará día y hora para la comparecencia, citando al efecto a los cónyuges. En la comparecencia el demandado manifestará si está o no conforme con lo solicitado por su consorte. Si hay conformidad el Juez dictará resolución estimando las medidas interesadas, siempre que no suponga violación de una norma de Derecho imperativo o sean dañosas para los hijos, así como cuando sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, ello por aplicación analógica del párrafo segundo, letra E, del artículo 90 del Código Civil. En el caso de no existir acuerdo, el Juez resolverá según su criterio. En esta primera fase no existe etapa probatoria.

El auto que se dicte resolviendo sobre las medidas podrá ser objeto de recurso de apelación, sin necesidad del previo de reposición de conformidad con el artículo 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que se admitirá en un solo efecto si la resolución es estimatoria de las medidas interesadas, por aplicación del artículo 383 y 384.2.º de la referida Ley procesal.

Ahora bien, puede darse el supuesto de que tales medidas se solicitan conjuntamente por ambos cónyuges, e incluso se adjunte el convenio regulador con los requisitos del artículo 90 del Código Civil, pues nada impide que los cónyuges, si van a actuar de común acuerdo, ya desde las medidas provisionales determinen las condiciones que en su día servirá de base al divorcio que plantearán (14).

Tales medidas quedarán sin efecto si dentro del plazo de treinta días siguientes a contar desde la fecha que fueron adoptadas, no se acredita la interposición de la demanda ante el Juez competente (ar-

(13) RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pág. 156.

(14) ZANÓN MASDEU, L., *El divorcio en España*, Barcelona, 1981, pág. 385.

título 104, párrafo 2.º, del Código Civil), plazo que será prorrogable por otro igual si se acredita o manifiesta el solicitante que no ha sido posible entablar la demanda (art. 1.885, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por supuesto, que quedarán sin efecto, aun dentro del plazo de vigencia, si se desiste de las mismas por el cónyuge que las interesó.

Si se acredita la interposición de la demanda de divorcio, los efectos de estas medidas subsistirán hasta que sean sustituidas por las que se adopten como coetáneas, si es que se formulan; en todo caso por lo que se resuelva en la sentencia, o bien cuando se ponga fin al proceso de cualquier otra forma (art. 106-1.º, Código Civil).

Debemos aclarar que no es preciso que medie necesidad y urgencia para decretar las medidas, lo que venía exigido por el artículo 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por Ley de 6 de agosto de 1984.

D) *Normas de Derecho Internacional Privado en materia de divorcio.*

Desde esta perspectiva, las normas que regulan el divorcio según el artículo 107 del Código Civil en su párrafo primero son preferentemente la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, con independencia de su residencia habitual, pues rige o se establece el principio de nacionalidad de ambos cónyuges.

En el caso de no darse la circunstancia anterior al formular la demanda, por no tener los cónyuges una nacionalidad común, se aplicará la Ley nacional de la residencia habitual del matrimonio, con lo cual se acoge el principio de la territorialidad.

Por último, cuando la nacionalidad de los esposos fuese distinta y al mismo tiempo, tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, se aplicará la Ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competente, y, en este caso, lo serán cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España, según la Disposición adicional 1.ª.

El párrafo primero del artículo 107 del Código Civil tiene su fundamento en el artículo 9-2.º de dicho Cuerpo legal, al regular las normas de Derecho Internacional Privado las relaciones personales entre los cónyuges, por la última Ley nacional común durante el matrimonio.

Ahora bien, ¿qué ocurre con los supuestos de doble nacionalidad, cuando ambos cónyuges son nacionales de origen de un mismo país

iberoamericano, y uno de ellos ha adquirido la nacionalidad española sin perder la de origen, de acuerdo con los artículos 21 y 22 del Código Civil? A este respecto el artículo 9-9.º de dicho Cuerpo legal establece que: «...respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y si nada establecieren, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida».

En general los tratados de doble nacionalidad ratificados por España, suelen contener una cláusula según la cual, los nacionales de ambas partes contratantes no podrán estar sometidas simultáneamente a las legislaciones de ambas en su condición de naturales de las mismas, estableciéndose los criterios de la legislación aplicable en cada momento a quienes gozan de la doble nacionalidad, y que suelen ser el último domicilio o el del país que otorga la nueva nacionalidad (15).

En otro orden, y en lo referente a las sentencias de divorcio dictadas por los Tribunales extranjeros, producirán efectos en España, desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 107, párrafo 2.º, Código Civil), por lo que hay que tener en cuenta la regulación de los artículos 951 al 958 de la indicada Ley procesal referente a los efectos de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

El cumplimiento de la sentencia de divorcio extranjera, cuya efectividad se interesa en España, puede proceder de una nación con la que se haya concertado tratados especiales sobre esta materia o que no existan los mismos. En el caso de que hubiere tratados, se guardará y cumplirá lo establecido en los mismos, y de no existir, se estará al principio de reciprocidad, respecto al reconocimiento o no de las sentencias españolas en dicha nación. De no estar comprendido el supuesto en ninguno de los casos anteriores, se le reconocerá fuerza ejecutoria en España, de reunir los siguientes requisitos: Si ha sido dictada a consecuencia de una acción personal (que coincide con el supuesto del divorcio); que no haya sido dictada en rebeldía; que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España (que el divorcio lo es); que la sentencia reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.

(15) GARCÍA VARELA, R., *Op. cit.*, pág. 116.

E) *Normas de Derecho Intertemporal.*

Estas normas aparecen contempladas en las Disposiciones transitorias de la Ley de Divorcio, con la finalidad de regular las situaciones de irregularidad matrimonial que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.

A tal efecto, la primera de estas Disposiciones establece que: «Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente». Se refiere la norma a los divorciados conforme a la Ley de 1932 derogada por la de 12 de marzo de 1938, que como es sabido tenía efectos retroactivos. Ahora la vigente Ley, corrigiendo tan anómala situación, autoriza a contraer matrimonio a los que se divorciaron conforme a la Ley republicana y no hubieran contraído ulteriores nupcias, siempre que la sentencia de divorcio no hubiese sido anulada legalmente.

Si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido desde la vigencia de la Ley de 1938, hay que suponer que pocos casos de aplicación tendrá esta primera Disposición transitoria, si bien hemos de indicar que se aplicará únicamente a los divorciados según la Ley de 2 de marzo de 1932 y no a los decretados por procedimientos urgentes de la segunda República, como los que se obtuvieron a través de las denominadas Patrullas de Control (16).

La segunda Disposición transitoria se refiere a los hechos y a las situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a los que se le concede efectos retroactivos, para determinar la aplicación del contenido de los capítulos VI, VII y VIII del Título IV del Libro I del Código Civil.

En virtud de esta retroactividad y en lo que al artículo 86 del Código se refiere, enmarcado en el capítulo VII, que es el que nos interesa como determinante de las causas de divorcios, los períodos de tiempo transcurridos desde el cese efectivo de la convivencia conyugal, que se fijan en uno, dos y cinco años, se contarán desde el momento en que se hayan producido, aun cuando hubiera sido bajo el sistema legal anterior. Lo mismo cabe decir respecto a la causa 5.ª del artículo 86, cuando se refiere a la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes que podrán ser estimados como tal, aun cuando se hubiera dictado y ganado firmeza en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley.

(16) ZANÓN MASDEU, L., *Op. cit.*, pág. 405.

PROCESAL PENAL

ALBERTO MONTÓN REDONDO
Profesor Titular
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. Organos jurisdiccionales colegiados. — 2. Recaudación. — 3. Acción penal. — 4. Querrela. — 5. Legitimación; delitos semipúblicos. — 6. Pretensión civil de resarcimiento. — 7. Responsabilidad civil. — 8. Citación. — 9. Auto de procesamiento. — 10. Cuestiones prejudiciales. — 11. Sobreseimiento. — 12. Escritos de calificación. — 13. Juicio oral. — 14. Prueba. — 15. Sentencia. — 16. Aclaración de sentencia. — 17. Cosa juzgada. — 18. Revisión. — 19. Nulidad de actuaciones. — 20. Recurso de casación. — 21. Costas. — 22. Procedimiento de urgencia. — 23. Derechos fundamentales.

I. ORGANOS JURISDICCIONALES COLEGIADOS

NÚMERO DE MIEMBROS QUE DEBEN CONCURRIR PARA DICTAR SENTENCIA

S 9 junio 1983 (RA 3104)

En causa por asesinato se constituye la Sala por tres Magistrados.

El condenado recurre contra su sentencia por estimar incorrecta aquella constitución.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que la L.E.Crim., en el núm. 5 de su art. 851 indica como motivo de casación, «cuando la sentencia haya sido dictada con menor número de Magistrados que el señalado en la ley»; por otra parte, este mismo cuerpo legal, en su art. 145 determina

que las Audiencias de lo Criminal deberán constituirse en Tribunal, con cinco Magistrados para dictar sentencias en las causas en que se hubiere pedido cadena o reclusión perpetua, habiendo establecido la doctrina de esta Sala, muy particularmente a partir de la S. de 5 de marzo de 1980: 1.º Que, al haberse abolido la pena de muerte, y la cadena o reclusión perpetua, la única pena sucedánea de estas últimas es la de treinta años de reclusión mayor, en cuanto que éstas podían quedar reducidas a ese límite temporal por el indulto «ex officium»; y 2.º Que el requisito material de la exigibilidad de la composición del Tribunal, por cinco Magistrados, está determinado por el «petitum» de las partes, en el sentido de que únicamente será preciso esta constitución numérica, cuando cualquiera de las partes pida como sanción la penalidad de los treinta años de reclusión

mayor. Como del examen que se hace de la sentencia y de la causa, resulta que la pena máxima solicitada fue la de 25 años de reclusión mayor, el Tribunal de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial, al dictar sentencia con tres Magistrados, no incurrió en el vicio o defecto procesal que se acaba de analizar, por lo que el tercer y último motivo que se somete a la decisión de esta Sala debe desestimarse, pues está articulado por entender que el Tribunal de instancia incurrió en este vicio o defecto procesal.

2. RECUSACION

NO PUEDE FUNDAMENTARSE EN INTERESES IDEOLÓGICOS O CORPORATIVOS

S 28 junio 1982 (RA 3581)

En proceso por desacato a un Magistrado de Trabajo y por calumnias al Ministerio Fiscal el procesado recusa al Tribunal que conoce del mismo por entender que en sus miembros concurre interés corporativo, al estar profesionalmente relacionados con la parte acusadora.

El Tribunal Supremo estima que no es causa suficiente de recusación.

CONSIDERANDOS: Que, por «interés directo o indirecto en la causa» —número 9 del artículo 54 de la L.E.Crim.—, se ha de entender la confusión de los conceptos de Juez y parte, dado que el proceso y la resolución final que en él se dicte suponen una carga o perjuicio, o, antes al contrario, una ventaja o utilidad, para el organismo jurisdiccional, de tal modo que, dicha resolución afecta, mediata o inmediatamente, de modo próximo o de manera remota, a la persona o bienes del recusado —véanse SS. de 14 noviembre 1897 y 13 marzo 1899—, debiendo, desde luego, tratarse de un interés meramente personal, bien individual, bien gracias a formar parte del recusado de una persona jurídica de naturaleza privada, sin que pueda equipararse, a la causa de recu-

sación estudiada, el denominado interés ideológico u otros de carácter general o abstracto, los cuales, de prosperar, impedirían, a todos los integrantes de la Carrera judicial, por uno u otro motivo, más o menos espacioso, conocer de cualquier clase de proceso o causa.

Que, en el caso de autos, tratábase de una causa criminal —la 88 de 1978 de la Audiencia de Alicante—, en la que, el recusante, fue procesado por desacato al Magistrado de Trabajo número 2 de dicha ciudad y por calumnias al Ministerio Fiscal, el cual le acusó por dichos presuntos delitos, habiendo recusado, el impugnante, a la Sección 1.ª de dicha Audiencia por entender que, siendo los ofendidos miembros de la misma Carrera o de otra hermanada con la Judicial, los Magistrados de la referida Sección, habían perdido su imparcialidad gracias a tener un interés corporativo en la resolución de la causa; tesis que es absolutamente rechazable, pues, además de no alegarse ni probarse un interés personal y privado que ligara a los miembros de la Sección con los ofendidos, los órganos jurisdiccionales están articulados de un modo independiente, no sólo respecto a los demás poderes públicos sino incluso entre sí, debiéndose tener en cuenta a mayor abundamiento que, en los casos de desacato o delitos similares, no es el sujeto pasivo la Audiencia o funcionario injuriado, calumniado, insultado, amenazado, agredido, forzado o intimidado, sino el principio de Autoridad que representan y encarnan así como el «imperium» que emana de todos los entes públicos. Debiéndose añadir, finalmente, que si tan peregrino argumento, prevaleciera, estos casos quedarían siempre impunes, pues ningún Tribunal dejaría siguiendo la tesis del impugnante, de sentir la solidaridad corporativa, ya que no personal, no sólo con los miembros ofendidos de las Carreras judicial o fiscal, sino con los de cualquier clase de Autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos. Procediendo, en conse-

cuencia, la desestimación del primer motivo del recurso, basado en el número 1.º del art. 849 de la L.E.Crim. por infracción del núm. 9 del art. 54 de la misma.

PROCEDE CONTRA EL JUEZ QUE CONOCE DE LA CAUSA HABIENDO DICTADO EN ELLA AUTO DE PROCESAMIENTO

S 9 julio 1983 (RA 4134)

Se instruye sumario en el que por el Instructor se dicta auto de procesamiento. La Audiencia estima que el conocimiento de la causa debe corresponder al Juez de Instrucción, siendo éste el mismo que conoció el sumario.

Se plantea incidente de recusación por tal motivo que es desestimado. Recurrida la sentencia el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que siendo la recusación, como con reiteración tiene declarado esta Sala, un remedio arbitrado por la Ley para desplazar el conocimiento del proceso a aquellos funcionarios en quienes concurren alguna o algunas de las causas taxativamente enumerados en el art. 54 de la L.E.Crim. que suscitan recelo sobre su imparcialidad y ecuanimidad que deben ser atributos de los dispensadores de Justicia, es inconcuso que el mero hecho de ser Juez Instructor de un sumario, dictar en el mismo Auto de procesamiento contra el querellado y desestimar en Auto motivado el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de procesamiento no puede suscitar por sí solo recelo sobre la imparcialidad y ecuanimidad del Instructor, pues ello no muestra ni interés directo o indirecto en la causa (arts. 54, 9.ª), sino ejercicio legítimo de su función y obligaciones propias de su cargo, exigidas por las leyes penales, procesales y orgánicas, ni le hace incidir en las alegadas causas de recusación 4.ª y 5.ª del citado art. 54, al no haber sido el recusado defensor, Letrado, Fiscal, perito, testigo, denunciado o acusador privado del que recu-

sa; pero si se trata de la también aducida causa de recusación núm. 12 del mentado art. 54 ya es preciso distinguir en el sentido de que quien fue Juez Instructor de la causa no puede luego figurar en el período de plenario como Magistrado integrante del Tribunal que ha de fallarla por ser principio fundamental en el proceso penal la rigurosa separación entre el Juez de la instrucción y el Juez del fallo; principio que no desaparece en el llamado procedimiento de urgencia en el que el fallo compete a los Jueces de Instrucción, pues en tales procesos el Juez propiamente no dicta auto de procesamiento con todo el proceso intelectual de subsunción en el tipo de injusto penal que ello comporta, ni tampoco el mal llamado en la práctica «auto de inculpación», desconocido como tal en la Ley sino que a instancia del Fiscal o querellante quienes son los que en rigor aportan la prueba, respetándose así el admitir principio de separación entre instrucción y fallo, se limita a acceder a la apertura del juicio oral, cuyo alcance no es otro que resolver sobre las medidas cautelares aportadas por las partes acusadas como garantía jurídica del acusado y a resolver sobre admisión de las pruebas propuestas pero sin anticipar nunca su propio criterio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, juicio de valor que queda diferido al momento de dictar sentencia y una vez celebrado en juicio oral (arts. 791 y 792 de la L.E.Crim.).

Que en el caso de que incoado sumario el Juez hubiere dictado Auto de procesamiento y por imperativo legal (es el caso «sub giudice») por Orden de la Audiencia haya de seguirse el procedimiento de urgencia por el propio Juez, es obvio que éste ya adelantó, al menos provisionalmente, aquel juicio de inculpación al acusado, tanto más que, en el caso presente, el recusado resolvió recurso de reforma mostrando su criterio inequívoco de culpabilidad de modo que al tener que dictar sentencia por el cambio de procedimiento, hace temer fundamentamente al recusante su

condena, por lo que procede estimar este concreto motivo del recurso, debiéndose también, hacer constar que en el presente caso y a causa de dicho cambio de procedimiento, de sumario a diligencias preparatorias, no es de aplicación el art. 3.º de la Ley 3/1967, de 8 de abril.

ES MOTIVO PARA ELLA LA AMISTAD ÍNTIMA ENTRE EL JUEZ Y EL ABOGADO DE UNA DE LAS PARTES

S 19 noviembre 1983 (RA 5666)

Se alega la existencia de amistad íntima entre el Letrado de la defensa y el Presidente de una Sección de la Audiencia Provincial, que incluso es admitida por este último. No obstante, planteada la recusación es denegada.

Se recurre en casación siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

CONSIDERANDOS: Que entre las causas legítimas de recusación establecidas por la ley, la de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 54, señala, con el núm. 10 de las mismas y en relación con su art. 52, que los Jueces y Magistrados, cualquiera que sea su grado y jerarquía, podrán ser recusados por motivo de «la amistad íntima», expresión, como se ve, que, al contrario de lo que acontece con las causas que la preceden, es hartamente laconica, por falta de aditamento alguno que la perfilé, lo que ha dado origen a encontradas y diversas opiniones entre los tratadistas y estudiosos del derecho proclives, una parte, a interpretar el precepto en el sentido de cobijar en su seno —entre otros casos, a los que también podría ampliarse—, a los Abogados y Procuradores, y opuesta, otra, a esa extensión, por cerrarse en el examen del artículo en su conjunto y en su interpretación unitaria, con la que excluyen por completo a quienes no sean parte, en sentido procesal, en el asunto de que se trate, tendencia, esta última, no correcta, en el fondo, en cuanto que

cada una de las causas de recusación lleva en sí mismas expresadas sus limitaciones objetivas, y no pueden, por analogía, extenderse éstas, ni a la amistad íntima, ni a la enemistad manifiesta, pues de hacerse así se quebraría el deseo del legislador que, si hubiera querido ceñirlas a los mismos extremos que las demás, ni que decir tiene que lo hubiera hecho de la misma forma que lo hizo con ellas.

Que por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial sobre el tema, que si bien es cierto que la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1906 establece —con claridad para ella indiscutible—, que la causa legal de recusación fundada en la amistad íntima sólo constriñe su eficacia a la que exista «entre el Juez o el Magistrado cuya recusación se intente y alguna de las partes litigantes, sin que pueda hacerse extensiva a los apoderados u otras personas distintas» —con lo que parece cerrar la puerta a la amistad que pudiera unir al Letrado director de un litigante y al Juez o Magistrado que conozca del asunto—, no menos cierto lo es que tal doctrina no casa a la perfección con el texto literal del art. 189 de la L. E. Civ., que es a la que dicha resolución se refiere, ni tampoco con el art. 54 de la L. E. Crim., que es el aplicable al presente caso, pues si se examinan con detenimiento y a conciencia dichos textos se observará que, tanto uno como otro, en cada uno de los números que los conforman excepto en los 9 y 10 y 10 y 11, respectivamente, de cada Ordenanza procesal, van estableciendo de modo expreso y limitativo y sin dejar asomo de duda de ningún género, con quién y por qué motivos específicos y determinados podrán ser recusados y, por lo tanto, apartados del conocimiento de un asunto, los Magistrados y Jueces, señalándose en esas últimas causas citadas de las dos leyes —dos de cada una de ellas—, que lo podrán ser, además de por las que precedentemente se insertan, por «amistad íntima» y por «enemistad manifiesta», según la Ley

Procesal civil, y por «la amistad íntima» y «la enemistad manifiesta», según las expresiones utilizadas por la rectora del Enjuiciamiento penal, pero sin indicar, como hubiera sido deseable, con quién o quiénes esa amistad o enemistad, de existir, sería recusable, y centrado así el problema es claro que esa inconcreción de la ley ha de interpretarse, no en el sentido de llenar el vacío con la fórmula simplista de entender que sólo se refiere a la parte litigante «strictu sensu» como hacen casi todas las causas de recusación que proceden a las que se examinan —pues, como se dijo, si el legislador así lo hubiese querido, lo hubiera hecho sin ninguna cortapisa—, sino con un espectro más amplio y conciliador con el verdadero fundamento y razón de ser del instituto de la recusación, como enseña la sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo de 29 marzo 1901 que habla de que debe entenderse como causa legal de recusación «la que pudiera racionalmente estimarse comprendida en alguna de las expresadas en el art. 189» antes citado, o, para el caso que nos ocupa, en el 54 de la Ley Ritual criminal, criterio que fue, en definitiva, el que siguió esta Sala 2.ª en su sentencia de 1 diciembre 1906 al extender a los Procuradores el motivo legal de recusación especificado en el núm. 4.º del art. 54 de la Ley de procedimientos penales —en el que dicho sea de paso no se le cita por su nombre—, valiéndose del expediente de incluirlos entre los «defensores», cuando la misión del Procurador no es la de «defender» los intereses de sus clientes, sino la de representarlos en juicio y fuera de él.

Que la tendencia a incluir a los Abogados —lo mismo que a los Procuradores según la resolución antes referida de 1 diciembre 1906—, en la causa de amistad íntima, por esa circunstancia de racionalidad que invocaba la sentencia citada de 29 marzo 1901, se encuentra, interpretándolas «a contrario sensu», en numerosas decisiones jurisprudenciales, como en la Sentencia de 14

diciembre 1981, de la Sala 2.ª, que no aprecia, como motivo de recusación derivado del hecho meramente casual de sentarse a comer en una misma mesa de un hotel o fonda un procesado, su defensor y el Juez que conoce de la causa, «la amistad de estos dos últimos y los saludos que por cortesía se cruzaron entre ambos con dicho motivo, por no constituir, por sí solos —ni esa amistad simple, ni la salutación que se hicieron—, la causa legítima de recusación de amistad íntima» a que se refiere la ley, camino éste que del mismo modo parece seguir la Sala 1.ª respecto de la enemistad manifiesta, de la que llega a decir, en su Sentencia de 29 enero 1897, que no la constituye la sola «tirantez de relaciones entre un Juez y un Abogado por causa de resoluciones dictadas por el primero en negocios en que el segundo interviniera», terminando por abonar este criterio de no ceñirse las dos causas de recusación estudiadas sólo a las partes de los procesos civiles y penales, sino también a los Abogados y Procuradores, las sentencias de la Sala 2.ª de 13 de julio 1894, que desestimó la enemistad manifiesta entre un Juez y un Abogado por no haberse «conseguido justificar la existencia de la expresada causa», y la de 11 diciembre 1978, que declaró no haber lugar a la recusación de un Magistrado-Juez por estimar no ser suficientes los hechos alegados para fundar la causa de recusación por enemistad manifiesta entre aquél y el Letrado que la invocaba tomando como base los incidentes verbales que se dice tuvieron lugar entre ambos en un juicio oral derivado de unas diligencias preparatorias, «ya que dichos incidentes quedaron sin justificar, por no haberse aportado prueba alguna de que en realidad se produjeran».

Que de todo lo expuesto se infiere, por lo tanto, que la amistad íntima entre el Abogado director de una parte procesal y el Juez o Magistrado que conozca del asunto en que ésta participa, integra la causa legal de recusación 10 del art. 54 de la L. E. Crim.

Que en su virtud, que reconocido por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de B. el hecho de ser absolutamente cierta la alegación que se hace de la amistad íntima que une al Presidente de dicha Sección, señor T. M., con el Abogado del procesado en causa de que dicha Sección conoce, señor C. R., la que determinó el apartamiento voluntario de este último, de la dirección letrada que se le había encomendado, en un gesto de exquisita diferencia a la imparcialidad del órgano judicial del que aquél formaba parte, presidiéndolo, no puede dudarse de que tal alegación, suscrita además por el propio recusado, que lejos de negarla la afirma, constituye la causa legal de recusación puesta en juego para separarle del conocimiento del asunto de que es trata, por lo que al no haberlo entendido así el Tribunal de instancia, que la rechazó, con evidente error, es claro que incidió en la violación de derecho que se le imputa en el primero de los motivos del recurso, que, por ello, tiene que ser necesariamente acogido.

LAS CAUSAS LEGALES NO PUEDEN INTERPRETARSE EXTENSIVAMENTE

S 28 febrero 1984 (RA 1670)

En causa seguida ante la Audiencia Nacional, este Tribunal ordena al Instructor el procesamiento del inculpado.

Sobre esta motivación se plantea incidente de recusación del Tribunal. Desestimado, se recurre la sentencia en casación (por éste y otros motivos) y el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que como es sabido, de los dos sistemas que pueden seguirse en materia de recusación, cuales son: el abierto, mediante el que se admiten como causas de recusación todas las posibles situaciones que de algún modo, o en alguna medida, pueda engendrar desconfianza a tenor de que se pueda quebrantar el principio de imparcialidad tan imprescindible para la

administración de justicia y el cerrado, según el cual no se admiten otras causas de recusación que las específicamente establecidas en la ley, nuestras leyes procesales, tanto la civil como la penal, han seguido el segundo y así, por lo que concretamente hace referencia al procedimiento penal, en el art. 52 de la L. E. Crim. se dispone que los Jueces y Magistrados sólo podrán ser recusados por causa legítima y en el art. 54 se determinan casuística y exhaustivamente las causas de recusación, las que en modo alguno pueden ser objeto de interpretación extensiva o analógica so pena de introducir, contraviniendo el criterio legal, causas de recusación distintas de las legalmente determinadas.

Que en aplicación de la doctrina que se acaba de exponer forzosamente se ha de desestimar el quinto de los motivos del recurso, interpuesto al amparo del ordinal 6.º del art. 851 de la L. E. Crim. y mediante el que se sostiene la tesis de que los Magistrados que concurren a dictar la sentencia recurrida se hallaban incurso en la causa de recusación prevista en el núm. 12 del art. 54, en cuanto que en el trámite correspondiente ordenaron al introductor que acordara el procesamiento de los inculcados, pues aparte de que implicaría una ilícita interpretación analógica, se ha declarado de manera incontrovertida que no pueden reputarse como actos de instrucción los del Tribunal, ya sean anteriores o posteriores a la apertura del juicio oral.

Que además, las razones que movieron al legislador a introducir entre las causas de recusación la comprendida en el núm. 12 del art. 54, o sea, la de haber sido instructor del sumario, como son: las de que el ser el instructor el encargado de la recogida de datos, aunque venga obligado a consignar tanto los que perjudiquen como los que favorezcan al reo, pudiera hallarse psicológicamente inclinado a formular valoraciones anticipadas de las actuaciones practicadas, o dejarse influir por

conocimientos extraprocesales adquiridos durante la instrucción sumarial, o por las pasiones que pueda suscitar el tener que vencer los obstáculos opuestos al éxito de la investigación, etc., etc., es indudable que estas circunstancias que constituyen la «ratio legis» de la causa de recusación de que tratamos, en modo alguno pueden concurrir en el Tribunal llamado a conocer de un asunto, sin que en modo alguno se pueda admitir que el acordar el procesamiento implique prejuzgar, ya que para que proceda acordar el procesamiento basta con la existencia de indicios racionales mientras que para dictar una sentencia son necesarias pruebas concluyentes.

3. ACCION PENAL

SU EXTINCIÓN POR EL PERDÓN EN DELITOS SEMIPÚBLICOS EXIGE QUE ÉSTE SE PRESTE POR TODOS LOS OFENDIDOS

S 18 noviembre 1982 (RA 7154)

Se comete un delito de abusos deshonestos en las personas de dos menores. Los padres de uno de ellos otorgan su perdón al procesado, pero no así los del otro.

Se dicta sentencia condenatoria que es recurrida, y el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que la finalidad del presente recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, resulta realmente inexplicable e inútil, porque condenado que ha sido el recurrente por un solo delito de abusos deshonestos cometido en las personas de dos menores de acuerdo con la acusación pública, con indudable error «iuris», al ser dos las víctimas, menores de 12 años, de los actos deshonestos del procesado, aun suponiendo que pudiera surtir efecto el perdón otorgado por el padrastro y madre de una de las menores y rechazado por el Tribunal de acuerdo con el Informe Fiscal, no quedaría extinguida la acción penal del

único delito de abusos deshonestos de que venía siendo acusado, ni, en su caso, la pena impuesta, por cuanto hay otra víctima del mismo delito, también menor de 12 años, respecto de la que no se ha otorgado perdón de clase alguna, con lo que el recurrente quedaría condenado por el mismo delito y con igual pena que la impuesta en la sentencia combatida.

4. QUERELLA

EL INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES NO LA PRIVA DE SU EFICACIA COMO VEHÍCULO DE LA ACCIÓN PENAL Y ES SUFICIENTE PARA INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN

S 9 diciembre 1982 (RA 7389)

Se publican en la prensa determinados hechos que son considerados calumniosos e injuriosos por los implicados en ellos. De tal forma, se presenta una querella ante un Juzgado territorialmente incompetente y otra sin Poder especial en el Procurador, sin posterior ratificación del querellante.

La defensa alega prescripción de los delitos que es estimada por la Audiencia, absolviendo a los acusados. El acusador privado recurre en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que todo delito es público por esencia, pero en consideración a que en algunos casos el mal particular es más caracterizado y evidente que el experimentado por la colectividad o bien porque el ejercicio de la acción pública implicaría una intromisión en los derechos de la personalidad de un tercero, la ley restringe a las partes su perseguibilidad exigiendo en unos casos la formulación de querrela (art. 467 del C. P. y 104 de la L. E. Crim.), y en otros, para facilitar su persecución, basta la denuncia, como es el caso de los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto (art. 443), y los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de la imprenta o di-

fundidos por escrito a partir de la Ley de 26 diciembre 1978 —art. 4.º— sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; y esta particularidad de su perseguibilidad trasciende al delito concediéndole una naturaleza cuasipública que permite entender, cuando es formula querrela ante Juez incompetente por razón del territorio o cuando el poder que la autoriza no es especial (arts. 272 y 277 de la L. E. Crim.), que el Juez, aunque no pueda tener por parte en la causa al presunto querellante, no puede ignorar la «noticia criminis» que se contiene en la relación circunstanciada de los hechos de la querrela, debiendo proceder, en el primer caso, a remitirla de oficio al Juez a cuya demarcación corresponde el delito conforme previene el art. 15 «in fine» de la L. E. Crim.), o a incoar, en el segundo, las diligencias o sumario que corresponda, porque a la querrela debe reconocersele al menos los efectos de denuncia que cuando parte de persona agraviada debe tener en estos delitos la virtud de impulsar la actividad judicial investigadora o de instrucción.

Que la simple aplicación del criterio expuesto conduce a estimar que la querrela presentada en el Juzgado de Instrucción de Granadilla el 7 julio 1978, como la que posteriormente fue interpuesta en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Santa Cruz de Tenerife el de 14 noviembre del mismo año, fueron bastantes para provocar la actividad jurisdiccional, remitiéndola en el primer caso al Juez tenido por competente o en el segundo con o sin ratificación del querellante, y ambas tuvieron el efecto de interrumpir el curso de la prescripción iniciada en la fecha de la comisión de los presuntos delitos, porque interpretando con cierta laxitud el párrafo 2.º del art. 114 del C. P. ha venido declarando esta Sala que la interrupción debe atribuirse a toda actividad encaminada a la instrucción de la causa —SS. de 2 mayo 1963 y 24 junio 1975—, y la presentación de la querrela, aunque con valor de denuncia

por la inobservancia de ciertos requisitos en su formulación, es un acto necesario cuando parte del agraviado para poner en marcha la instrucción sumarial, retrotrayéndose la ratificación —si es exigida— a la fecha de su presentación —S. de 21 febrero 1966—; procede, por ello, estimar los dos primeros motivos de casación que con un fundamento legal común —los arts. 112, 113 y 114 del C. P.—, se refieren, respectivamente, a los delitos de calumnia e injurias que se imputan a los acusados.

5. LEGITIMACION. DELITOS SEMI-PUBLICOS

LA RATIFICACION DEL OFENDIDO CONVALIDA LA DENUNCIA REALIZADA POR QUIEN NO ESTÁ LEGITIMADO PARA ELLO

S 20 noviembre 1982 (RA 7163)

Se presenta una denuncia, por hechos que se consideran constitutivos de violación, formulada ante la Policía por el hermano de la ofendida. Posteriormente ésta, y en presencia judicial ratifica aquella denuncia.

Condenado el autor por aquel delito recurre en casación alegando la falta de legitimación para denunciar del hermano de la víctima.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que aun no teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial elaborada por esta Sala sobre el contenido del precepto legal que sirve de base al único motivo admitido del recurso, y que interpreta que la sentencia que absuelve o condena resuelve sobre todas las cuestiones que fueron planteadas en el juicio, sin que sea necesario hacer un pronunciamiento especial sobre cada una de las alegaciones o peticiones que pugnan con la esencialidad del fallo, por lo que si éste es condenatorio como en este caso, es indudable que el Tribunal desestima la cuestión de falta de legitimación para denunciar alegada en

dicho motivo, pues en caso contrario se hubiera abstenido de entrar en el fondo; aun no aplicando, como decimos, esta doctrina, existe otra más específica, asimismo declarada reiteradamente por la casación que expresa que la falta de previa denuncia para proceder en los delitos de violación, estupro o raptos por parte de las personas a quienes el art. 443 del C. P. otorga tal legitimación resulta subsanable en el curso del procedimiento por tratarse de un acto procesal de mera anulabilidad y ser susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de dichas personas —SS. de 25 junio 1960, 2 enero 1961, 3 enero 1962, 29 mayo 1963, 28 enero 1965, 27 mayo 1971, 20 febrero y 31 marzo 1979, y 13 diciembre 1981—, por lo que haciendo aplicación de tal doctrina al supuesto de autos y teniendo en cuenta la ratificación de la ofendida en su primera declaración ante el Juzgado de la denuncia efectuada por su hermano ante la Policía en los primeros momentos cuando ella no podía hacerlo, tal actuación convalida aquella, que debe ser tenida como válida atendiendo a un elemental principio de economía procesal, por todo lo que procede la desestimación del recurso.

6. PRETENSION CIVIL DE RESARCIMIENTO

LEGITIMACION. DISTINCION ENTRE PERJUDICADOS Y HEREDEROS DE LA VICTIMA

S. 27 junio 1983 (RA 3587)

En causa por delito de imprudencia con muerte se condena al abono de daños y perjuicios a todos los hijos de la víctima.

Se recurre contra la sentencia estimando que varios de esos hijos no han sido perjudicados por el delito al estar desatendidos de su padre e integrados en un establecimiento benéfico.

El Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que para la resolución adecuada del presente recurso, conviene quedar fijadas dos cuestiones fundamentales que plantea el mismo y sobre ellas pronunciarse la Sala: La primera se refiere a la situación real en la vida efectiva, familiar o de convivencia del fallecido Segismundo M. L. La segunda, como consecuencia de la anterior, quienes sean los verdaderos perjudicados por el delito. Aún podría añadirse una tercera, que es las posiciones de las acusaciones, en este caso, sólo la del Ministerio Fiscal, en su petición de indemnizaciones y por ende la congruencia entre lo pedido por la acusación pública y lo concedido por la Sentencia.

Que así enfocado el recurso que nos ocupa, de los hechos probados, aclarados en algún extremo, con los datos sumariales, examinados para la mejor comprensión de aquéllos, al amparo del art. 899 de la L. E. Crim., se deduce, que el fallecido era hombre casado, separado de su esposa hace muchísimos años; que tenía seis hijos, de los cuales uno sólo convivía con él y los cinco restantes estaban abandonado, hace muchos años, por el occiso en establecimiento de beneficencia y por fin como dato de hecho de no escasa relevancia a los fines de esta resolución es de que el Ministerio Fiscal, solicita indemnización, por la muerte de Segismundo, sólo en favor de su hijo Segismundo M. D., que era el único que convivía con su padre en cuantía de dos millones quinientas mil pesetas, más los daños ocasionados en la moto que pilotaba, ascendentes a seis mil pesetas, en tanto que la sentencia recurrida concede indemnización de dicha cantidad pero a repartir entre los seis hijos del fallecido.

Que por tanto los dos motivos del recurso, con base en el art. 849, primero de la L. E. Crim. con base en el art. 849, primero de la L. E. Crim. consideran infringidos los arts. 104, 105 del C. P. y art. 22 del Reglamento del Seguro, en cuanto que considera perjudi-

cados a todos los herederos, incluso los hijos abandonados por el padre y no se limita al verdadero perjudicado, que es aquél que convivía con él mismo.

Que es constante declaración de esta Sala que el perjudicado por un delito es el que sufre el daño material o moral ocasionado directa y necesariamente del hecho delictivo —S. de 18 octubre 1974—; que los herederos de un fallecido, consecuencia del hecho penal, están legitimados para actuar en la causa como acusadores, pero ello no quiere decir que por el hecho de serlo, necesariamente deba considerarse como perjudicados por el hecho punible, ni que deban, por ello ser obligatoriamente indemnizados, porque la indemnización está necesariamente supeditada a la acusación del perjuicio. Por tanto, a estos efectos, se distingue muy claramente entre herederos y perjudicados y que aquéllos por el hecho de serlo no son automáticamente perjudicados, por la muerte de un causante, si por las relaciones concretas de cada caso no se deduce claramente que el delito les ha perjudicado, y en qué concepto y calidad lo ha sido, pues la indemnización no se hereda, sino que se recibe por el daño directamente sufrido —SS. de 25 noviembre 1974 y 13 junio 1981—. Por fin que el parentesco con el fallecido no es suficiente a los fines indemnizatorios, debiendo añadirse otros datos esenciales, tales como la convivencia, la dependencia económica u otros casos de parecida entidad, que pierdan su fuerza y eficacia, en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, roturas de estos vínculos, ignorancia de paraderos u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquellos vínculos de manera voluntaria y consciente —SS. de 22 octubre 1975—. En suma, pues, han de ser parientes realmente perjudicados.

Que en mérito de las anteriores consideraciones, las hijas menores, abandonadas hace años en Instituciones

benéficas, no sufrieron daños materiales, en cuanto que el padre estaba desentendido de su asistencia material: subsistencia, alimentos y educación; ni morales, ya que el vínculo familiar estaba totalmente borrado por la conducta desordenada, inmoral y quizá cruel, pero al fin rota, por parte de la víctima. Razones todas que conducen a la estimación de los dos motivos del recurso, procediendo casar y anular la sentencia recurrida y dictar en su lugar otra más ajustada a derecho, conforme al art. 902 de la L. E. Crim.

7. RESPONSABILIDAD CIVIL

LA EFECTIVIDAD DE SU RENUNCIA POR MENORES SE CONDICIONA A AUTORIZACIÓN JUDICIAL

S 14 julio 1982 (RA 4657)

En causa por accidente de automóvil seguido de muerte la viuda del fallecido, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores renuncia a la pretensión civil de resarcimiento por haber sido satisfactoriamente indemnizados.

La sentencia condena por imprudencia, sin pronunciarse sobre la posible responsabilidad civil.

Recurrida por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo estima el recurso y condena al pago de una determinada indemnización a los hijos menores.

CONSIDERANDOS: Que no obstante la diversa estructura de las acciones civiles y penales y de los respectivos procesos legalmente establecidos para el ejercicio de una y otra, el hecho de que nuestra L. E. Crim. haya permitido que en el proceso penal se pueda acumular, junto con la acción penal, la civil derivada del delito, por razones de todos conocidas, como son las de economía procesal por el consiguiente ahorro de actividad jurisdiccional, la disminución de gastos y tiempo (al menos teóricamente) para obtener el amparo del perjudicado, evitar la posible

colisión de resoluciones, etc., así como el hecho de que en el C. P. se contengan normas reguladoras de la acción civil dimanante de delito, ha dado lugar, en la praxis, a múltiples confusionismos que esta Sala se ha preocupado de aclarar en las ocasiones en las que se le ha deparado ocasión de poder hacerlo.

Que así, ha venido declarando, que no obstante la disposición contenida en el art. 19 del C. P., al decir que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, ha de interpretarse en el sentido, de que el delito en sí, no produce otro efecto jurídico penal que el de la pena, pero puede ocurrir de hecho y así ocurre con muchos delitos, que el hecho que lis integra contemplado desde una determinada perspectiva constituye un delito y contemplado desde otra constituye un ilícito civil generador de un daño o perjuicio individual, de manera que tan sólo en este segundo supuesto es cuando el hecho que a la vez que constitutivo de delito lo es de un ilícito civil puede reputarse como fuente de obligaciones civiles, convirtiéndose, por tanto, en un hecho plurisancionado.

Que consecuencia de lo expuesto es, que no obstante la acumulación en el proceso penal de una y otra clase de acciones, no deben olvidarse los diferentes principios que, respectivamente, los gobiernan, aplicables tanto en el supuesto de que por las referidas razones de conexidad objetiva se ventilen conjuntamente, en el mismo proceso, como si se ejercitan autónoma o separadamente en los específicamente establecidos para cada una de ellas.

Que consecuencia de ello es, que el legitimado para el ejercicio de la pretensión material tendente a obtener el resarcimiento o restablecimiento del orden jurídico perturbado por el ilícito civil, que, a su vez, es delito, es el perjudicado, quien de tal manera tiene el dominio de la pretensión que puede

renunciar a que se ejercite la acción civil en el proceso penal, juntamente con la de esta naturaleza, o renunciar a ella una vez que dicho proceso y el ejercicio conjunto de las acciones se haya iniciado, de manera que, en ambos casos, se extingue la obligación o deber, que por razones que no son del caso por puro conocidas, impone al Ministerio Fiscal el art. 108 de la L. E. Crim.

Que ello no obstante, cuando quien en el proceso penal hubiese ejercitado la acción civil, actuando en representación del titular real de la pretensión material, como es el de los padres que intervengan en representación de los hijos menores sometidos a su patria potestad, como la renuncia producida durante el curso del proceso, por hablar tan sólo del supuesto concreto planteado en la presente litis, implica una transacción, necesita tal negocio para surtir efecto, como tan reiteradamente ha venido declarando este Tribunal, de la correspondiente aprobación judicial exigida en el párrafo segundo del art. 1810 del C. Civ.

Que esto sentado, es claro que la concesión o no de dicha aprobación compete al Tribunal de lo penal que venga conociendo de la causa, ya que, conforme a lo dispuesto en el párrafo último del art. 142 y en el art. 742 de la L. E. Crim., en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio y, entre ellas, las referentes a la responsabilidad civil, lo que es de la más elemental lógica jurídica, ya que permitida la acumulación de ambas acciones, por las razones ya expuestas, en un solo proceso, al Tribunal de lo Penal compete conocer y resolver de cuantas cuestiones se planteen con relación a una y otra.

Que por las razones expuestas por el Ministerio Fiscal al desarrollar el único motivo del recurso, no procede aprobar la renuncia o transacción hecha por la madre respecto a la indemnización civil que pueda corresponder a

los hijos, por lo que, en definitiva, procede, con estimación del recurso, casar la sentencia recurrida.

CORRESPONDE SUBSIDIARIAMENTE AL DUEÑO O ARRENDATARIO DE VEHÍCULOS UTILIZADOS CON SU CONSENTIMIENTO

S 21 junio 1983 (RA 3564)

Se produce un accidente por un vehículo conducido por una persona que lo hacía con autorización de su propietario.

Calificados los hechos como delito de imprudencia y declarada la insolvencia del proceso, se condena al propietario del vehículo como responsable civil subsidiario a pagar las indemnizaciones derivadas de aquél.

Recurrida por éste la sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que la jurisprudencia constante de esta Sala, según doctrina declarada, entre otras resoluciones, en las que llevan fecha 17 de abril de 1973 y 28 de octubre de 1982, en relación con vehículos prestados o dejados a amigos y con los que cometieron, dolosa y culposamente, hechos delictivos, y enjuiciados resultaron insolventes, viene manteniendo responsabilidad civil subsidiaria de los dueños o arrendatarios del vehículo, fundándolo en que el transporte de personas autorizado sigue sometido a la potencial intervención del propietario y hay una aceptación voluntaria e inequívoca de su responsabilidad en el supuesto de un resultado dañoso causado por el conductor del automóvil, porque la relación de dependencia queda establecida entre ellos a través de un triple elemento: el pacto ocasional perfeccionado con el conductor el dominio, titularidad o libertad dispositiva del vehículo, y el conocimiento de la misión que se va a realizar, doctrina ésta a la que se ha llegado por una interpretación de prudente objetivismo espiritual y progresivo del art. 22 del C. P., con base del principio «cuius comoda, eius incommoda», y a la moderna doctrina de creación del riesgo, siempre

que el hecho punible lo hubiera realizado el devenido en insolvente con medios o instrumentos puestos a su disposición en este caso por el amigo, aunque el autor del delito hiciera un uso ligero, irregular o indebido del medio puesto a su disposición.

Que de la relación de hechos declarados probados de la sentencia combatida, aparecen perfectamente delineados los elementos precisos para desestimar los dos motivos subsistentes de Irecurso, pues en ellos se sienta la afirmación esencial de que el procesado conducía el vehículo con autorización y conocimiento del propietario, con lo que éste aceptaba voluntaria e inequívocamente el resultado adverso de esa conducción al poner a disposición ese medio de transporte, surgiendo una dependencia esporádica, aunque basada en la amistad o favor, entre propietario y conductor, mientras dura la cesión, que le hace responsable civilmente y con carácter subsidiario de los resultados dañosos por éste producidos, por lo que procede, como antes se dice, desestimar los dos motivos subsistentes del recurso.

8. CITACION

CONSECUENCIAS DE SU FALTA

S 20 diciembre 1982 (RA 7743)

En un determinado proceso se cita a las partes acusadoras para deponer como testigos en el acto del juicio oral; sin embargo, no son citadas como parte en el proceso para la concurrencia a dicho acto.

Recurrida la sentencia por tal motivo, el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDO: Que procede estimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del núm. 2.º del artículo 850 de la L. E. Crim., en cuanto del examen de las actuaciones aparece que, efectivamente, como se alega por los recurrentes, como fundamento de lo que postulan, se incidió, en el vicio

de procedimiento que se denuncia y que el mentado precepto procesal sanciona con la nulidad, en cuanto que, es cierto que los acusadores particulares no fueron citados en forma para el acto del juicio oral sin que pueda entenderse convalidado o subsanado el defecto por el hecho de que hubieren sido citados como testigos, por los que procede casar la sentencia recurrida declarando la nulidad de lo actuado a partir del momento procesal en el que se cometió el defecto denunciado y, en consecuencia, remitir la causa al Tribunal de instancia, para que, con subsanación del repetido defecto procesal continúe el proceso por sus trámites.

9. AUTO DE PROCESAMIENTO

LA CALIFICACIÓN DE UN HECHO DELICTIVO NO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO A LA CASACIÓN SI SE CONDENAN POR OTRO

S 14 marzo 1983 (RA 1810)

Se incoa sumario por presunto delito de ultraje a la bandera, único sobre el que versa la indagatoria y sobre el que se dicta auto de procesamiento. La acusación, sin embargo, en sus correspondientes escritos califica los hechos de tal forma y además como constitutivos de injurias y amenazas a Agente de la Autoridad por los que la Audiencia condena.

Sobre esta base se motiva un recurso de casación por infracción del artículo 24 de la Constitución, al no haber sido el acusado informado de la acusación formulada contra él.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que el art. 24 de la Constitución, ha penetrado en el sistema de enjuiciamiento criminal español, especialmente en lo que respecta a la presunción de inocencia, y ello merced a la jurisprudencia constitucional y a las sentencias de este Tribunal, entre otras, de 1 junio y 3 noviembre 1983, todas las cuales han coincidido en que, la vía más adecuada

para dicha penetración, es la trazada por el núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim., a cuyo amparo, y examinando exhaustivamente lo actuado —en cuanto tenga, al menos, autenticidad formal o extrínseca—, se pueda indagar si, en la causa de que se trate, se hallaba, a disposición del Tribunal de instancia, la mínima actividad probatoria, exigida, por el Tribunal Constitucional, para que las Audiencias puedan valorar los acreditamientos practicados, con el soberano criterio apreciativo de los mismos que les concede el art. 741 de la Ley Procesal Penal.

Que sin embargo, el recurrente, olvidando el carácter extraordinario del recurso de casación —medio impugnativo que sólo cabe respecto a determinadas resoluciones y motivado en causas taxativamente establecidas por la Ley—, en el único motivo de su recurso, apoyado en el núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., invoca la vulneración del art. 24 de la Constitución Española, contemplado «in genere», esto es, en sus dos números y sin concretar el principio o postulado constitucional que reputa específicamente conculcado, imprecisión que no es inocua, pues, el mentado precepto se refiere: a) al derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; b) sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; c) al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley; d) a la defensa y asistencia de Letrado; e) al derecho de ser informado de la acusación formulada contra ellos; f) a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; g) al derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; h) al derecho de no declarar contra sí mismo; i) al de no declararse culpable; j) a la presunción de inocencia; y k) a no declarar, por razón de parentesco o de secreto profesional, sobre hechos presuntamente delictivos.

Que esto no obstante, en las alegaciones doctrinales y legales del único mo-

tivo del recurso analizado, el impugnante, centra su disconformidad con la sentencia recurrida, en la circunstancia de no haber sido informado de la acusación que pesaba contra él, toda vez que sólo fue procesado por delito de ultraje a la bandera española, e interrogado, en la indagatoria, sobre dicha infracción, pero, esta alegación es totalmente inconsistente y olvida que el período sumarial, uno de los dos en los que se escinde el proceso español, es de naturaleza exclusivamente preparatoria y cautelar, y que, dentro de él, el auto de procesamiento no tiene más objeto que el de dirigir el procedimiento, desde que concurra algún indicio racional de criminalidad, contra el presunto culpable, el de separar y diferenciar, desde ese momento, a las partes acusadoras de las acusadas, y el de ordenar la adopción de las oportunas cautelas en orden a la persona del presunto culpable y a la responsabilidad pecuniaria, en que pudo haber incurrido, sin que la calificación jurídica de los hechos, efectuada por el Juez instructor en dicho auto, tenga carácter trascendente, definitivo e inconvencible, quedando, por el contrario, subordinada a la que se efectúe en el plenario o fase de juicio oral, la que constituye el verdadero proceso acusatorio. Debiéndose añadir que, la verdadera acta de acusación, cuyo conocimiento es indispensable para una eficiente defensa, radica en el escrito de calificación provisional formulado por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las acusaciones, escrito de calificación que ha sido definido como el acto constitutivo, de manera expresa y suficiente, de la relación jurídica procesal, y, más formalmente, como documento por medio del cual se ejercita el derecho público subjetivo de penal y, accesoriamente, los privados de obtener la reparación de los daños causados y el pago de costas; pudiéndose equiparar, dicho escrito, a la demanda civil, en tanto en cuanto ésta, inicia y determina el proceso, si bien se diferencia de ella en que, los Tribunales civiles, no pueden resolver «ultra petita partium» y,

los penales, por el contrario, pueden rebasar las peticiones de las acusaciones siempre que hagan uso de la facultad a que se refiere el art. 733 de la L. E. Crim.

Que en el proceso que ha motivado este recurso, en el escrito de conclusiones provisionales formulado por el Ministerio Fiscal, este fiel custodio de la juridicidad, califica los hechos de autos como constitutivos de un delito de ultraje a la bandera, comprendido en el art. 123 del C. P., de otro delito de escándalo público, previsto y penado en el art. 431 de dicho Código, y, finalmente, de un delito de injurias a agentes de la Autoridad, inserto en el art. 245 del referido cuerpo legal, quedando el imputado, de ese modo y a partir de dicho momento procesal —que es el único oportuno para conocer la significación y alcance de la acusación—, debidamente informado de dicha acusación así como de las infracciones concretas cuya autoría se le atribuye, pudiendo, a partir de ese instante, y a través del Abogado y Procurador que le defendían y representaban, planear su defensa y proponer toda la prueba que creyese conveniente articular para su exculpación, como así lo hizo, no detectándose, en lo actuado, el menor rastro de indefensión así como de vulneración de la constitucional presunción de inocencia, practicándose, en el acto del juicio oral, el interrogatorio del procesado y la prueba testifical propuesta por éste y por el Ministerio Fiscal, apreciando y valorando estos acreditamientos —que superan el mínimo de actividad probatoria exigido por el Tribunal Constitucional—, la Audiencia «a quo», de conformidad con lo dispuesto en los arts. 717 y 741 de la L. E. Crim., esto es, con racional criterio y en conciencia. Procediendo, a virtud de todo lo expuesto, la desestimación del único motivo del presente recurso basado en el núm. 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., por violación del art. 24, párrafos 1.º y 2.º de la Constitución en relación con el art. 245 del C. P.

10. CUESTIONES PREJUDICIALES

SU INADMISIÓN NO ES RECURRIBLE EN CASACIÓN

S 3 octubre 1983 (RA 4697)

Se plantea como cuestión previa una prejudicial, que no se admite por la Audiencia.

Recurrida la resolución en que así se acuerda, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

CONSIDERANDOS: Que, las denominadas cuestiones prejudiciales, reguladas, de modo insuficiente y hasta contradictorio, en los arts. 3 a 7 de la L. E. Crim., de conformidad con las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1888 y 1910, y con la jurisprudencia de esta Sala, han de proponerse o plantearse como artículos de previo y especial pronunciamiento —art. 666 de dicha Ley— y sustanciarse como previenen los arts. 667 y siguientes de la misma, pero, los autos en que se resuelva admitir o desechar dichas cuestiones, no son resoluciones susceptibles de interposición, contra ellas, de recurso de casación por infracción de Ley, en primer lugar, porque los arts. 3, 4 y 6 antes mencionados, no son preceptos sustantivos de índole penal ni normas jurídicas, del mismo carácter, que deban ser observadas en la aplicación de la Ley penal, tratándose, por el contrario, de preceptos adjetivos, que se refieren exclusivamente a cuestiones de «método procesal», en segundo lugar, porque, limitado el referido medio impugnativo a las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia y a los autos definidos dictados por dichos organismos jurisdiccionales, y sólo cuando la Ley lo autorice expresamente —arts. 847 y 848 de la L. Pro. P.—, ningún precepto legal existe que permita tal impugnación respecto a los autos de admisión o de inadmisión de cuestiones prejudiciales, y, finalmente, porque, aun cuando el párrafo tercero del art. 676 de dicha Ley, autorice el recurso de casa-

ción contra el auto resolutorio de la declinatoria de jurisdicción, lo cierto es que, las cuestiones prejudiciales, no equivalen a tal declinatoria, toda vez que las Audiencias no resignan su competencia al admitirlas y defieren el conocimiento de las mismas a otro Tribunal de distinto orden jurisdiccional, sino que simplemente la suspenden hasta que recaiga ejecutoria en la causa sustanciada ante Tribunales de otra jurisdicción —cuya ejecutoria servirá, a las Audiencias, de presupuesto insoslayable para la adecuada resolución de la problemática criminal que deben decidir— o hasta tanto transcurra el plazo fijado —nunca superior a dos meses— para que las partes planteen las cuestiones dichas ante los citados Tribunales extrapenales.

Que, esta doctrina, sentada en las sentencias de este Tribunal, entre otras, de 23 junio 1893, 4 febrero y 14 mayo 1895, 14 octubre 1896, 14 diciembre 1898, 8 noviembre 1899, 18 febrero 1901, 8 noviembre 1904, 12 agosto 1905, 21 noviembre 190, 24 septiembre 1920, 11 enero y 23 agosto 1911, 21 marzo 1917, 26 abril 1918, 1 mayo 1941, 1 junio 1944, 23 octubre 1946, 3 marzo 1955, 21 noviembre 1962, 13 enero y 9 noviembre 1970, y en el auto de 10 julio 1954, es perfectamente aplicable al caso analizado, en el que, el auto de 1 julio 1982, dictado por la Audiencia de Murcia, inadmitió una cuestión prejudicial excluyente planteada por el procesado como artículo de previo y especial pronunciamiento, amparándose para ello en el artículo 4 de la L. E. Crim. Procediendo, en consonancia, con lo expuesto, y vistos los números 1 y 2 del art. 884 de dicho cuerpo legal, la desestimación del único motivo subsistente del recurso analizado, amparado en el núm. 1.º del art. 849 de la Ley antecitada por inaplicación del párrafo 1.º del artículo 4 de la misma.

11. SOBRESEIMIENTO

IRRECURRIBILIDAD EN CASACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE ACUERDA

Auto 17 marzo 1983 (RA 2145)

Se presenta querrela por hechos que se consideran delictivos. El Juzgado los estima como falta y remite las actuaciones al Juzgado competente; su resolución se recurre en reforma y contra la resolución de éste se apela ante la Audiencia Provincial. Este Tribunal dicta auto desestimatorio de la apelación, sobresee la causa y reserva al apelante las acciones correspondientes en vía civil.

Se recurre en casación contra este auto y el Tribunal Supremo declara inadmisibile el recurso.

CONSIDERANDOS: Que el fundamento legal del presente recurso es esencialmente el art. 636 de la L. E. Crim. que expresa que contra los autos de sobreseimiento sólo precederá, en su caso, el recurso de casación. La expresión en su caso ha de entenderse cuando la Ley expresamente lo autorice. Y la argumentación esencial es que como la Audiencia no expresa qué clase de sobreseimiento aplica, procede el recurso interpuesto.

Que el art. 848 de la propia Ley habla muy claramente que los autos definitivos de las Audiencias, sólo son recurribles en casación, y exclusivamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. Y añade los de sobreseimiento sólo se reputarán definitivos cuando fueren libres y además que alguien se encontrare procesado como culpable de los mismos.

Que por tanto, que aplicando esta doctrina legal por el párrafo 1.º del art. 848 de la L. E. Crim., habrá de inadmitirse todos los motivos de forma interpuestos en el recurso. Contra los sobreseimientos provisionales, no cabe recurso de casación. Como el auto re-

currido es definitivo, ya que resuelve puntos esenciales de la causa y aparece debidamente fundado, debe entenderse que es un sobreseimiento libre, tanto más cuanto que reserva las acciones para ejercitarlas en la vía civil correspondiente, pero no se encuentra nadie procesado, con lo cual no entra en la condición de auto recurrible en casación conforme al precepto indicado, y por tanto incurrido en la causa de inadmisión 2.ª del art. 884 de la L. E. Crim., como así lo decretamos.

12. ESCRITOS DE CALIFICACION

SU FORMULACIÓN INCORRECTA VEDA LA POSIBILIDAD DE CASACIÓN SI LA SENTENCIA NO SE PRONUNCIA SOBRE ALGUNO DE SUS PUNTOS

S 27 marzo 1984 (RA 2296)

En el escrito de calificación definitiva la defensa alega la concurrencia de una circunstancia atenuante, sobre la que la sentencia no se pronuncia.

Recurrida por este motivo, el Tribunal Supremo desestima el recurso, entre otros razonamientos, por no haber sido firmaño aquel escrito por el Procurador del acusado.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso de dicho procesado, se formula al amparo del núm. 3.º del art. 851 de la L. E. Crim., denunciando el vicio procesal de forma de no haberse resuelto en la sentencia recurrida todos los puntos que fueron objeto de la acusación y de la defensa, fundamentándolo en que en las conclusiones definitivas se había alegado la concurrencia de la atenuante 1.ª del art. 9.º, en relación con la circunstancia 1.ª del art. 8.º del Código Penal, sin que la sentencia se pronuncie sobre ello; motivo éste que también procede desestimar, puesto que si bien fue alegada esa atenuante en la calificación definitiva, ésta no fue formulada en forma, ya que el escrito correspondiente aparece formulado tan sólo por el Letrado y no por

el Procurador que representaba a la parte, y sabido es, que tales escritos —como dice la S. de 19 de septiembre de 1964, resolviendo un caso idéntico—, por imperativo legal, han de suscribirlos el Procurador y el Abogado, no estando obligada la Sala a pronunciarse sobre cuestiones que no han sido procesalmente propuestas en forma, pero es que, además, si de la declaración de hechos probados no se deduce la existencia de la atenuante invocada implícitamente queda desestimada sin necesidad de hacer declaración expresa en el fallo, que al absolver o condenar resuelve todas las cuestiones planteadas; por todo lo cual procede desestimar este motivo del recurso.

13. JUICIO ORAL

CONFORMIDAD DEL IMPUTADO. SUS CONSECUENCIAS A EFECTOS DE LA CASACIÓN

S 23 noviembre 1984 (RA 5947)

En el acto del juicio oral el imputado manifiesta su conformidad con la calificación de la acusación, pronunciándose la sentencia de acuerdo con ella y en absoluta coincidencia con la pena solicitada.

Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que la posibilidad de recurrir en casación la sentencia dictada de conformidad en la instancia, ya sea conformidad en trámite, artículo 655, ya conformidad en juicio, artículo 694, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha sido claramente abordada por el Tribunal Supremo —Sentencias de 22 de junio de 1885, 14 de noviembre de 1906, 29 de enero de 1935, 25 de abril de 1964, 8 de febrero de 1966, 23 de junio de 1967 y Autos de 12 de marzo y 24 de junio de 1970—, a la vista de cuya doctrina, totalmente coincidente, pueden señalarse como conclusiones a tener ahora en cuenta, primero, que la conformidad del procesado con anuencia del defensor es un

acto procesal de disposición que tiene el efecto de interrumpir la celebración del juicio para provocar, sin más trámite, el pronunciamiento de la sentencia, lo que no impide la posibilidad de que el Tribunal sentenciador pueda absolver si estima que los hechos no son delictivos, resolución que entonces puede ser recurrida por la parte acusadora, de igual manera que puede imponer pena superior a la pedida sin exceder de la que al delito perseguido corresponde, en cuyo supuesto puede igualmente ser impugnada por el acusado; segundo, que si, en el planteamiento indicado, se dicta sentencia en absoluta coincidencia con la acusación, o incluso con pena inferior dentro del límite legal, tal y como acontece en el supuesto aquí enjuiciado, no puede ser entonces recurrida ni por las acusaciones ni por el procesado, a quien no es dable ir contra sus propios actos dispositivos; tercero, que en este último supuesto se entiende que, no pudiendo ir contra la sentencia dictada congruentemente con su conformidad, aquella resolución no es consecuencia del juicio contradictorio sino de un auténtico convenio reconocido de una responsabilidad que después no es dable contrariar; cuarto, que todo ello propicia necesariamente la causa de inadmisión 2.ª del artículo 884 de la Ley procesal, como excepción a la regla general del artículo 847 de igual Ley porque ante lo que es evidentemente una renuncia anticipada, y condicionla, a la casación, se quebrantaría en el caso contrario el justo principio de Derecho de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, *nemini licet adversus sua pacta venire et patere legem quam ipse fecit*, independientemente de que con la desleal conducta también se alteraría la seguridad del tráfico jurídico.

14. PRUEBA

LA SUSTITUCIÓN DE UN PERITO POR OTRO REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUYE DENEGACIÓN DE PRUEBA

S 9 febrero 1983 (RA 743)

Propuesta y admitida la prueba pericial médica para el examen de la capacidad volitiva del procesado, la Audiencia sustituye al perito propuesto por otro diferente. Acto que fue protestado en el momento procesal oportuno.

Dictada sentencia en tales condiciones es recurrida en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que el primero de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado José C. R., al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim., por cuanto habiendo propuesto en las conclusiones provisionales y como prueba 5.ª de las solicitadas, la pericial médica consistente en que por el Médico Forense don Jorge J. se emitiera dictamen acerca de si aquél tenía notablemente disminuidas sus facultades cognoscitivas y volitivas, determinando el grado de imputabilidad de sus actos, así como la posible influencia que haya podido tener en el mismo su adicción a la droga denominada heroína, con expresión de si en el momento de los hechos y por los antecedentes obrantes en la causa podría encontrarse en síndrome de abstinencia, si bien tal prueba fue admitida, la Sala de instancia sustituye al mismo por otro perito titular, lo que en cierto modo pudo constituir indefensión, cuyo motivo así amparado y desarrollado obliga al examen y correcta matización de las actuaciones practicadas, tanto por la propia naturaleza del mismo, como para la mejor comprensión de los hechos, conforme a la facultad concedida por el art. 899 de la citada Ley procesal, de cuyo examen se acredita sustancialmente: a) que elevado concluso el sumario, fue pasado por la Sala de instancia para instrucción del Ministerio Fiscal que lo devolvió solicitando la apertura del juicio oral y formulando las conclusiones provisionales y propuesta de pruebas en 9 de octubre de 1980; b) que por Auto de 31 de octubre de 1980 la Sala acordó la apertura del juicio oral, tener por formuladas las conclusiones del Fiscal

y de conformidad con los arts. 796 y 797 de la L. E. Crim., comunicarse tales actuaciones a la representación del recurrente a efectos de instrucción, calificación y proposición de pruebas; c) que por esta parte se formularon las conclusiones y se propusieron diversas pruebas, entre ellas, la pericial, de que se deja hecha mención anteriormente; d) que dado traslado a la representación de otro procesado a los mismos fines, y tras suscitarse otras cuestiones incidentales planteadas por escritos de la defensa del recurrente que fueron denegadas, la Sala por sendos Autos de fecha 11 de enero de 1982, declaró en el primero, a tenor del art. 658 de la referida Ley Procesal, tener por hechas las calificaciones y dar traslado al Magistrado Ponente para examen de las pruebas propuestas, y por el segundo admitir la pertinencia de las pruebas, excepto en la pericial médica, al «no haber lugar a la designación del Médico Forense don Jorge J. por no ser especialista en Psiquiatría y en su sustitución se nombra al también médico forense don Juan Bautista E. Ll.», señalando el juicio oral para el 18 enero siguiente, notificándose estas resoluciones al Procurador del recurrente el 12 de enero citado; e) que por el perito nombrado por la Sala señor S. se evacuó el informe médico del inculpado el 14 del citado mes, uniéndose al folio 46 del Rollo respectivo; f) que dentro de los cinco días hábiles siguientes, se formuló escrito por la defensa de aquél, no admitiendo la sustitución indicada, solicitando la suspensión del juicio oral señalado y haciendo protesta oportuna a efectos del recurso de casación amparado en el contenido del art. 745 de dicha Ley Procesal; g) que al iniciarse el acto del juicio oral fue renovada ante el Tribunal «a quo» la precedente protesta, que fue realizada al ratificarse el Perito en el contenido de su informe, que se hicieron constar expresamente en la citada Acta, así como la desestimación de ambas por aquél, sin razonamiento alguno.

Que de lo precedentemente expuesto es notorio e inconcuso la carencia de facultades del Tribunal de instancia para la sustitución del Perito Médico propuesto en momento procesal hábil, con señalamiento de los datos personales en su designación y de los extremos a que debía contraer su dictamen, prueba pericial pertinente que pudo y debió ser aceptada por ser de clara atribución del proponente, una vez abierto el juicio y formuladas las conclusiones provisionales, tanto si el proceso seguido era el ordinario, como el de urgencia, extremo que no queda suficientemente aclarado, pero en ambos supuestos producida la protesta en tiempo y forma, a los efectos del recurso, y si bien la Sala dentro de sus atribuciones podía denegar la prueba, o aun admitiéndola concederle la valoración que en conciencia estimara procedente, e incluso, proponer prueba no propuesta por las partes conforme al art. 729, 2.º, lo que no es factible, era admitirla como procedente y cambiar a su criterio el perito designado, que constituye un contrasentido y posición al libre designio del proponente, sin que a este respecto sea bastante y consistente la específica distinción de ser experto en psiquiatría el nombrado, cuando el propuesto por su oficial homologación de forense, en la propia Audiencia, también era versado profesional en tal materia y con análogas cualidades de idoneidad e independencia, vetando sin fundada justificación la amplitud y generosidad que normalmente impera en la admisión y práctica de pruebas, restando la posibilidad —aunque fuera remota e ilusoria— de que el resultado de la prueba propuesta que tan de cerca afectaba a las características anímicas del interesado pudiera beneficiarle en la apreciación de su imputabilidad y culpabilidad, creándole aunque sólo fuera imaginativamente una sensación de indefensión, tan contraria a lo realmente perseguido en la generalidad del articulado de la Ley Rituaria, de consignar tanto lo adverso como favorable de los imputados, así como a tal interpretación li-

beral observada por los juzgadores penales, al estimar de una parte procedente y pertinente la admisión y práctica de tal pericia sobre la personalidad mental del inculpado y, de otra, no aceptar el nombramiento del perito designado de la Ley le otorgaba, para nombrarle otro de análogas condiciones por arbitrio del Tribunal, representativo de una interposición decisoria no prevista en el art. 799, ni empleada en la praxis ordinaria judicial, aun persiguiendo el loable efecto de un mayor acierto o perfección en el dictamen médico correspondiente, pero ajeno al libre y manifiesto propósito del interesado y a los postulados de tutela judicial y defensa de los inculpados preconizados en la Constitución española, lo que consecuentemente conlleva a acoger el recurso examinado, casando y anulando en lo que exclusivamente al recurrente afecta, la sentencia dictada en esta causa por la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 21 de enero de 1982 y retrotrayendo las actuaciones al estado que mantenían al ser dictado el Auto de 11 de enero de 1982, admitiendo o denegando la prueba pericial propuesta en las conclusiones provisionales del recurrente, con devolución de la presente causa al Tribunal de su procedencia, para su prosecución y fallo conforme a derecho, de acuerdo con lo establecido en el art. 901 bis a) de la Ley Procesal Penal.

Que la estimación del motivo por quebrantamiento de forma examinando anteriormente hace improcedente el estudio y consideración del motivo de fondo asimismo articulado en el propio recurso.

DENEGACIÓN INDEBIDA

S 9 junio 1982 (RA 3510)

Por la defensa se propone prueba testifical en el escrito de calificación provisional, siendo denegada por la Audiencia estimando que no se trata-

ba de testigos sumariales, ni se acompañaba interrogatorio de preguntas.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo considera improcedente la denegación y casa la sentencia.

CONSIDERANDO: Que propuesta en tiempo y forma por la representación de los procesados una prueba testifical su pertinencia fue denegada por el Tribunal de instancia por medio del auto de fecha 10 diciembre 1980 en el que se dan razones que sirven de fundamento a la resolución denegatoria al que ni los testigos propuestos han sido sumariales ni se acompaña el interrogatorio de preguntas sobre las que habrían de deponer, razones ambas manifiestamente insuficientes para denegar la admisión de la prueba debidamente propuesta en tiempo y forma, pues es evidente, no solamente que no es necesario que los testigos propuestos para que depongan en el acto del juicio oral hayan declarado en el sumario, sino que no se puede olvidar el carácter de acto preparatorio que el sumario tiene con relación al juicio oral y el valor que la Ley atribuye a éste y, por otra parte, es de tener en cuenta que no hay precepto alguno que obligue a presentar junto con el escrito de calificación el interrogatorio de preguntas que han de ser formuladas a los testigos propuestas, sino que éstas deben ser formuladas verbalmente por las partes en el acto de la vista, siendo en dicho momento cuando el Tribunal puede acordar la impertinencia de las que lo sean y si bien este Tribunal ha subordinado la viabilidad del recurso de casación a la dación de conocimiento al Tribunal de instancia de los extremos sobre los que habría de versar el interrogatorio, es tan sólo en el supuesto de que la parte recurrente hubiera solicitado la suspensión del juicio oral por la incomparecencia de algún testigo, ya que sólo así podrá el Tribunal de instancia primero y el de casación después de conocer o saber si la prueba puede tener o no la trascendencia necesaria para acordar la solicitada suspensión del juicio oral, pero ello en modo al-

guro es extensivo al supuesto de autos, o sea, al tiempo de proposición de la prueba en el escrito de conclusiones provisionales, en el que basta con el hecho de que se manifieste explícita o implícitamente que la prueba tiende a probar o esclarecer los hechos consignados en los escritos de calificación provisional, por todo lo cual, procede estimar el primero de los motivos interpuestos al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim. y casar la sentencia recurrida a fin de que con devolución de los autos al Tribunal «a quo», se proceda por ésta, con subsanación del vicio procesal determinante de la nulidad a dictar nueva sentencia.

TIENEN ESTE CARÁCTER LAS PIEZAS DE CONVICCIÓN

S 1 febrero 1983 (RA 703)

En un proceso con limitados medios de prueba, la parte acusada solicita, en su escrito de calificación provisional, la aportación al juicio oral de determinadas piezas de convicción.

No obstante, y a pesar de su declaración de pertinencia por el Tribunal, tales piezas no estuvieron a su disposición en ese momento procesal, por lo que se solicita la suspensión que no se acuerda.

Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo considera producido quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDOS: Que, de las piezas de convicción, se ocupa la L. E. Crim. en sus artículos 391, 438, 620, 622, 626, 629, 634, 636, 654, 688, 712, 726 y 844, entre otros, pudiéndose entender, por dichas piezas, a tenor de los citados artículos 712 y 726 y de las aportaciones de la doctrina científica, los instrumentos y efectos del delito, los libros, documentos y papeles, y, en general, todos aquellos ojetos inanimados que puedan servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado a la causa, bien uniéndolos materialmente a los autos, bien conser-

vándolos, debidamente etiquetados, a disposición del Tribunal, aunque con independencia de la materialidad de los mentados autos. Su presencia al inicio de las sesiones del juicio oral —véase art. 688 antecitado—, es absolutamente preceptiva aun cuando las partes no lo soliciten como medio de prueba, y, la «ratio legis» del artículo mencionado, no es otra que la utilidad que puede reportar la exposición pública de las piezas de convicción para su examen por el Tribunal, por las partes, por los testigos —véase art. 712—, por los peritos o por los acusados, constituyendo, en definitiva, acreditamiento real, inmediato y directo, unas veces, y prueba complementaria de la testifical, de la pericial o del interrogatorio de los procesados, cuando se exhiban, a unos u otros, para la mejor evacuación y comprensión de sus dichos, dictámenes o declaraciones; quedando sometidas, en cuanto a su valoración, al soberano criterio valorativo de las pruebas que, el art. 741 de la L. E. Crim., concede a las Audiencias, salvo en el caso en el que tengan rango de documento auténtico conforme al núm. 2 del art. 849 de la referida Ley, en cuyo caso, se habrá de pasar por ellas a menos que otras pruebas, de análogo rango, las desvirtúen y contradigan. Este Tribunal, en S. de 30 de julio de 1908, declaró la validez de su examen sea cual fuere el momento en el que se verifique, y en la de 13 de febrero de 1897, añadió que, su ausencia al inicio de las sesiones del juicio oral y durante el transcurso de éstas, no supone quebrantamiento de forma reclamable por la vía del recurso de dicho nombre; sin embargo, dicha doctrina jurisprudencial, es plausible y atinada cuando, el Tribunal de instancia, sin previa petición de parte, y desobedeciendo el mandato del art. 688 de la L. E. Crim., no ha dispuesto la presencia pública o traída a la vista de las piezas de convicción ante el propio Tribunal y ante las partes, pero sí, por el contrario, alguna de dichas partes, ha solicitado, expresamente, en su escrito de conclusiones provisionales, la pre-

sencia de las piezas de convicción, bien como prueba directa, inmediata e independiente que debe examinar «de visu» el Tribunal sentenciador en instancia, bien como complemento de otras pruebas personales para cuyo normal desenvolvimiento se precise la exhibición de las piezas susodichas, éstas adquieran el rango de verdaderas pruebas, y si, las Audiencias, las inadmiten o no disponen y ordenan su traída a la vista durante las sesiones del juicio oral, o, ante su ausencia, no acuerdan, tras breve interrupción, o sean conducidas y trasladadas ante el Tribunal, o no suspenden las sesiones del juicio oral, previa petición de parte, cuando su incorporación al juicio oral requiera cierto lapso de tiempo, es evidente que, su negativa a suspender dicho juicio, hasta que se traigan a disposición del Tribunal las mentadas piezas, integra innegable error «in procedendo» impugnabile por el cauce del núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim., precepto que, como es sabido, ha sido interpretado por esta Sala, en el sentido de que, en su seno, se albergan tanto la denegación de pruebas que, propuestas en tiempo y forma, eran pertinentes, como la negativa, de las Audiencias, a suspender las sesiones del juicio oral cuando, por causas no imputables a las partes, las pruebas propuestas y admitidas, no pueden practicarse.

Que en el supuesto de autos, en un proceso, en el que la actividad probatoria fue azasca, los procesados, en su escrito de conclusiones provisionales, y mediante otrosí, solicitaron «que, de acuerdo con el art. 688 de la L. E. Crim., sean traídas al local del Tribunal para las sesiones del juicio oral las piezas de convicción —tubo de cristal conteniendo heroína— que presuntamente se encontraron en el coche de los procesados»; proveyendo, la Audiencia «a quo», mediante Auto de 5 de junio de 1981, la admisión de toda la prueba propuesta por ser ésta «pertinente y útil». Pero, abiertas las sesiones antes referidas, el tubo en cuestión no se hallaba presente, y ante la petición

de suspensión formulada por la defensa de los procesados, la Audiencia de origen, la denegó, expresando y manifestando, dicha defensa, la oportuna y preceptiva protesta, que se consignó en el acta del juicio oral.

Que, así pues, propuesta una prueba, que indudablemente era vital «per ser» y como complementaria de las pruebas personales, en tiempo y forma, habiendo sido declarada pertinente, no habiéndose practicado por causas imputables al Tribunal de instancia, y denegando éste la suspensión de las sesiones del juicio oral solicitada por la defensa de los acusados, es claro que se incidió en el error «in procedendo», a que se refiere el núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim., procediendo, en consecuencia, la estimación del primer motivo del presente recurso, amparado en dicho precepto adjetivo, procediendo igualmente casar y anular la sentencia dictada, por la Audiencia de Pontevedra, con fecha 24 octubre 1981, así como las actuaciones anteriores a partir del Auto de 5 junio 1981, debiéndose sustanciar de nuevo la causa, desde la resolución mencionada, subsanando la falta cometida y acordando y ordenando que la pieza de convicción cuestionada sea traída a la vista en las sesiones del juicio oral que al efecto se señale.

CONSECUENCIAS DE LA ADHESIÓN A LA PROPUESTA POR LA PARTE CONTRARIA

S 16 marzo 1983 (RA 2139)

La parte acusada no propone prueba limitándose a adherirse, haciendo suya, la de la acusación entre la que se incluye la testifical. Incomparecidos los testigos, la acusación solicita la suspensión del proceso que es aceptada; incomparecidos de nuevo algunos de ellos, se renuncia a su declaración. La defensa, no obstante, solicita, a su vez, suspensión del proceso que le es denegada.

Recurrida la sentencia por tal motivo, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

1034

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se interpone por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851, 1.º de la L. E. Crim., por denegación de prueba testifical y no haber suspendido el juicio oral para la práctica, en ulterior sesión. El examen de los autos acredita, que el recurrente no propuso ninguna prueba, limitándose a hacer suya la del Ministerio Público. En la primera sesión del juicio oral la incomparecencia de algunos testigos motivó la petición de suspensión por parte de aquel Ministerio y de las partes, a lo que accedió el Tribunal. Pero en la segunda sesión repitieron su inasistencia alguno de los propuestos por aquél, por lo que la acusación pública renunció a su destino. El recurrente solicitó la suspensión del juicio, a lo que no accedió el Tribunal, formulando aquél la correspondiente protesta. Motivo de casación que debe ser desestimado, en primer lugar, porque al no formular el recurrente prueba propia, y limitarse a hacer suya la propuesta por el Ministerio Público, quedó a merced de lo que éste creyera oportuno, y al renunciar a parte de la testifical, el procesado ya no pudo pretender la suspensión del juicio, que el Fiscal no pedía. Como reiteradamente se tiene declarado por esta Sala, la parte debe proponer su propia prueba y si se trata de testigos, ofrecerlos «nominatim» como la ley exige. En segundo lugar, no propuso interrogatorio de preguntas para los testigos no presentados, única forma de que el Tribunal pudiera saber de la pertinencia de la prueba y decidir sobre ella.

NO TIENEN ESTE CARÁCTER LAS MANIFESTACIONES DE CONFIDENTES DE LA POLICÍA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

S 2 noviembre 1984 (RA 5423)

Se acusa a una persona de robo, en base a unas declaraciones realizadas por un confidente de la Guardia Civil. Estas no son posteriormente confirmadas a presencia judicial y el imputado las niega sistemáticamente.

La sentencia, no obstante, le condena por aquel delito. Recurrida, el Tribunal Supremo la anula por considerarla contraria al principio de presunción de inocencia.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación en el campo de la infracción de Ley, elige la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para alegar la presunción de inocencia que —según el recurrente— le favorece en este caso de conformidad con el artículo 24.2 de la Constitución Española, y esta alegación —pese a ser formulada en vía inadecuada, pues la procedente está prevista en el número 2.º del citado artículo 849— invita y obliga al Tribunal de casación, según inconcusa doctrina jurisprudencial inspirada en el artículo 53.1 del Texto constitucional, a un examen de todos los elementos de prueba, sean los aportados y realizados en el juicio real, sean las actuaciones sumariales que alcanzan valor probatorio al traerse al plenario como documental, a fin de resolver sobre el carácter de actividad probatoria mínima, idónea y suficiente para servir de base, a través de las deducciones lógicas que integran la apreciación judicial a un pronunciamiento condenatorio; y sobre este punto la única actividad probatoria se polariza en torno a una diligencia obrante en el atestado policial —folio 3 del sumario— en la que consta que un confidente de la Guardia Civil compró al acusado parte de las joyas sustraídas, pero sin que posteriormente se practicara actuación judicial alguna enderezada a verificar a la presencia judicial tales afirmaciones, con el fin de desvirtuar la contumaz negativa del acusado —en el atestado, en el sumario y en el juicio oral— sobre la participación en los hechos; consecuentemente, la recuperación parcial de lo robado no es un hecho indicativo —por sí sólo— de la inculpación que hace la sentencia impugnada hacia un sujeto determinado, a no ser con el concurso de otras actividades de prueba, y en un Estado de Derecho no pueden te-

ner el valor de las manifestaciones de un confidente a la Policía Judicial, conclusión que permite afirmar la inocencia presuntiva del acusado, con estimación el motivo del recurso que se traduce en la sentencia absolutoria que dictará a continuación este Tribunal de acuerdo con lo prevenido en el artículo 702 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

15. SENTENCIA

CONDENA POR DELITO MÁS GRAVE QUE EL QUE CONSTITUYE OBJETO DE ACUSACIÓN. IMPROCEDENCIA

S 6 octubre 1982 (RA 5602)

La acusación solicita una pena de diez meses de prisión menor. La Audiencia condena por el mismo delito objeto de acusación, pero con pena de un año de prisión menor.

Recurrida la sentencia por este motivo, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que, en virtud del principio acusatorio, los Tribunales de lo Penal se encuentran vinculados por las pretensiones de las acusaciones, en el sentido de que no pueden sancionar por un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, originando, si así lo hicieran, el motivo de casación recogido en el núm. 4 del artículo 851 de la L. E. Crim., debiéndose tener en cuenta para la observancia del mismo las siguientes reglas: a) Que esta normativa general admite la excepción, cuando el Organo judicial pide ilustración a las partes sobre si los hechos constituyen la figura delictiva que desean aplicar, de acuerdo con la facultad que les confiere el art. 733 de la citada ley procesal; y b) Que el Tribunal puede imponer mayor pena que la solicitada por las acusaciones, siempre que no exceda de los límites de las que correspondan al delito objeto de enjuiciamiento. De acuerdo con este criterio normativo, el primer motivo del recur-

1035

so debe desestimarse, pues, aunque la pena impuesta al condenado es la de un año de prisión menor y las acusaciones solicitaron la de diez meses de la misma pena, el Tribunal no rebasó la penalidad impuesta al delito de imprudencia temeraria apreciado, en cuanto que la Ley sanciona al mismo con la pena de prisión menor en toda su extensión, y ésta abarca de seis meses y un día a seis años.

CONTRADICCIÓN EN HECHOS PROBADOS. ALCANCE

Auto 20 enero 1983 (RA 72)

Se alega como motivo de casación la presunta contradicción entre la calificación de los hechos (como robo) y la calificación llevada a cabo en otras causas por hechos similares cometidos por los mismos procesados (como amenazas).

El Tribunal Supremo considera inadmisibile el recurso por no ser éste el alcance de la contradicción, a efectos casacionales.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se interpone por quebrantamiento de forma del art. 851, 1.º de la L. E. Crim., por estimar existe contradicción en los hechos probados, pero cuando desarrolla el motivo, resulta que la contradicción no es entre los hechos, sino entre la calificación de los mismos como delito de robo del art. 501 del C. P., y la calificación como amenazas que hacen los Juzgados de Instrucción de Badajoz y el Ministerio Fiscal, en otras causas por hechos similares, por los mismos procesados pero contra diversos industriales de cafeterías de aquella ciudad. Es ya reiterativo poner de manifiesto que el recurso de casación en nuestro ordenamiento no es una segunda instancia, sino un recurso excepcional, con causas tasadas o de «numeros clausus» que no permite ser extendidas a otras distintas de las legalmente admitidas, so pena de contradecir el espíritu y el texto de

la Ley. El motivo por forma denunciado consiste en que los hechos probados se contradigan unos con otros, produciendo un vacío fáctico, por aplicación del principio de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; lo que no ocurre en el relato de los hechos que hace la sentencia recurrida, perfectamente combinados unos con otros y sin el más ligero atisbo de contradicción. Se ha incidido en la causa de inadmisión 3.ª, inciso 2.º del art. 884 de la L. E. Crim.

PREDETERMINACIÓN DEL FALLO

S 7 noviembre de 1983 (RA 5464)

En causa seguida por delito de tenencia de explosivos, la sentencia establecida en su relación fáctica que los ocupados al acusado estaban destinados a la comisión de «acciones delictivas posteriores» sin determinar cuáles eran éstas.

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo estima el recurso y casa la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación denuncia la utilización en el relato de conceptos jurídicos pre-determinantes, acogiéndose al inciso tercero del art. 851, 1.º de la L. E. Crim., y señala o consigna como tales la frase, referida a los explosivos ocupados en poder del acusado, de estar destinados a la comisión de «acciones delictivas posteriores», y como quiera que en el art. 264 en que se subsumen los hechos, según la vigente redacción de la Ley 82 de 1978 de 28 de diciembre, es una exigencia del tipo el «propósito delictivo», indudablemente el relato ha reproducido virtualmente las palabras definitorias del delito, sin explicar —como debiera haber hecho— la finalidad o designio concreto de la tenencia, es decir, describir y detallar en la medida que la prueba permita las acciones posteriores a que se destinaban los explosivos, a fin de hacer en los considerandos una valoración jurídico-pe-

nal sobre la índole delictiva de las mismas; en definitiva, la sentencia recurrida en el resultando fáctico ha anticipado un juicio jurídico técnico sobre unas acciones —al afirmar su carácter delictivo— sin descubrir en qué consisten, incurriendo en el vicio de forma denunciado, como en caso semejante dijo esta Sala en su sentencia de 27 de mayo de 1982, lo cual obliga a decretar su nulidad, con reposición de las actuaciones al estado que tenían cuando se cometió la falta, según los términos del art. 901 bis a) de la L. E. Crim., estimación del recurso en la forma que veda la entrada en el examen del motivo de fondo interpuesto.

CARENCIA DE HECHOS PROBADOS

S 5 marzo 1984 (RA 1703)

En causa seguida por delito de apropiación indebida se recogen como hechos de cantidades de dinero, pero sin que expresamente conste su utilización en beneficio propio.

La sentencia, no obstante, condena por aquel delito. Recurrida en casación en Tribunal Supremo estima producido quebrantamiento de forma.

SEGUNDO CONSIDERANDO: Que el núm. 2.º del art. 851 de la L. E. Crim., amparo de la tercera impugnación, admite la interposición del recurso por quebrantamiento de forma, «cuando en la sentencia sólo se expresa que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados», es decir, es necesario que de la narración fáctica se deduzca que los hechos expuestos por las acusaciones no han quedado demostrados y además que no se derive la expresa relación de los que en el cumplimiento del deber el Tribunal debe declarar como acontecidos. De los hechos que la sentencia declara como probados se pone de relieve: que el Tribunal manifiesta por una parte que no hubo «una concreta y real liquidación que compensara las

deudas recíprocas», sin especificar el contenido de las mismas; y por otra que recibieron «anticipos para abono de salidas, dietas y viajes, así como préstamos para gastos varios», sin que conste que los procesados dedicaran las sumas reclamadas en su propio beneficio, lo que implica que no especifican el destino que les dieron. Con ello es evidente que sobre estos puntos concretos lo que hace la sentencia impugnada es negar los hechos alegados por las acusaciones como equivalentes a que no se han probado y por otra parte en estos mismos hechos no se pone de relieve los que resultaren probados. Por estas consideraciones, el tercer y último motivo, debe ser estimado y en consecuencia, se deberá ordenar la devolución de la causa al Tribunal de instancia, para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, es decir, cuando se dictó la sentencia, la sustancie y termine con arreglo a derecho, sin que haya lugar a pronunciarse sobre los dos anteriores motivos por la inoperatividad de su decisión, de acuerdo con lo expuesto en el primer considerando de esta sentencia.

INCONGRUENCIA OMISIVA. PRODUCE INDEFENSIÓN

S 6 julio 1984 (RA 3828)

En causa por delito de robo se alega por la defensa del acusado, en su escrito de calificación provisional, la atenuante muy cualificada de enajenación mental, proponiéndose prueba pericial que fue estimada procedente y practicada en el acto del juicio oral.

No obstante, la sentencia condena por aquel delito sin estimar ni contener pronunciamiento alguno sobre aquella circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Recurrida, el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que el número 3.º del artículo 851 de la Ley de En-

juiciamiento Criminal viabiliza un motivo de casación por quebrantamiento de forma en tanto en cuanto suponga la falta de resolución de todas o parte de las cuestiones jurídicas que hayan sido sometidas a la decisión del Tribunal de instancia, so pena de incidir en el vicio procesal conocido bajo la denominación de incongruencia omisiva (sentencias de 16, 18 y 21 de enero, 9, 16, 22, 24 y 28 de febrero, 3, 13, 20, 21 y 27 de marzo y 3 y 11 de abril últimos) y cuya omisión, las más de las veces, puede provocar la indefensión de quien pretende la tutela de un derecho, si se tiene en cuenta, como ya lo hicieron últimamente las sentencias de esta Sala de 2 y 24 de febrero del corriente año, apelando al artículo 24,1, de la Constitución, en relación con el 53,1, que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela jurídica de modo efectivo de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, toda vez que, como ya apuntaron las sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de marzo y 11 de julio de 1983, ese derecho fundamental comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, conforme establece el artículo 120, 3.º, de la propia Constitución.

Que, teniendo en cuenta esta doctrina, y analizando la sentencia que se impugna por el cauce procesal indicado, pronto se advierte que el Tribunal de instancia hace gala de toda omisión del tema, pues consultadas las actuaciones, aparece en el escrito de conclusiones provisionales que por la representación del procesado se propuso en la cuarta de sus conclusiones, la concurrencia de la atenuante 1.ª del artículo 9.º, en relación con la 1.ª del 8.º, del Código Penal, como muy cualificada, proponiendo prueba pericial al efecto y que fue practicada en el acto del juicio oral, por lo que procede acoger el recurso por este motivo, sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes, y remitir las actuaciones a la Audiencia de origen para que dicte nueva senten-

cia subsanando la omisión padecida, y declarando nulas, por consiguiente, todas las anteriores actuaciones al trámite indicado, al que se reponen las mismas.

16. ACLARACION DE SENTENCIA

ESTAS ACCIONES NO SON RECURRIBLES EN CASACIÓN

S 6 diciembre 1983 (RA 6317)

Se dicta auto aclaratorio de una sentencia en el que se incluye un delito, que se pena, no recogido por aquélla.

Recurrida esta resolución, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que, como es bien sabido, el auto de aclaración forma un complejo jurídico que se integra en la sentencia a que se refiere, según se deduce de la propia normativa del art. 161, sin que, a efectos de impugnación tenga entidad propia e independiente de la sentencia a que afecta o se refiere, careciendo, por naturaleza, de la entidad de precepto penal sustantivo, por lo que, cualquier pronunciamiento que en la misma se contenga ha de ser combatido por el cauce formal correspondiente al combatir la sentencia en la que se integra.

Que, en consecuencia, al tratar de impugnar tan sólo el auto de aclaración por el aditamento que hace de otro delito, con las correspondientes penas, por el cauce formal del número 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., sin combatir, a su vez, la sentencia, incide en la causa de inadmisión segunda de las previstas en el núm. 884 de la L. E. Crim., pues el art. 161 de la L. Pro. Crim. no tiene el carácter de precepto penal sustantivo, según toda evidencia, deviniendo aquella causa de inadmisión, en este trámite, en causa de desestimación, conforme a doctrina reiterada.

Que, aun dando por supuesto la ampliación en el auto de aclaración de un

hech oprobado no consignado en la sentencia y calificado y penado conforme a la normativa que allí se cita, debió combatirlo por el cauce procesal adecuado de entre los que arbitra el artículo 851 de la L. E. Crim., cauce procesal que el propio recurrente se cerró al consignar, paladinamente en el escrito subsiguiente y homologado, que renuncia también al anunciado recurso de casación por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 de la L. E. Crim., con lo que vedó toda posibilidad de censura a la casación de las posibles extralimitaciones del auto de aclaración.

17. COSA JUZGADA

PARA SER ESTIMADA POR LOS TRIBUNALES PRECISA DE ALEGACIÓN FORMAL

S 12 mayo 1983 (RA 2700)

En el acto del juicio oral se aporta la defensa fotocopias de sentencias que, a su criterio, la cosa juzgada derivada de ellas debería ser tenida en consideración por la Sala. No siendo así, y recurrida la sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que contra lo alegado por los recurrentes en el escrito de formalización del recurso no aparece del acta el juicio oral que al elevar sus defensores las conclusiones provisionales a definitivas se alegara la excepción de cosa juzgada, ni que ello se hiciera en momento procesal alguno, tan sólo consta en dicha acta que por los defensores de los recurrentes, abierto el juicio oral, se aportaron copias de la sentencia núm. 54 de 1982 de la Sección 3.ª, copias que figuran unidas a los autos, sin que sobre su autenticidad se haya propuesto ni practicado prueba alguna, máxime tratándose de dos fotocopias sin autenticar, careciendo de sellos y firmas algunas, por lo que mal pudo el Tribunal sentenciador resolver una excepción no propuesta por las partes y que, además, care-

cía de prueba alguna, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso, en el que, al amparo del número 3.º del art. 851 de la L. E. Crim., se denunciaba no haberse resuelto en la sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de la defensa.

18. REVISION

PUEDE FUNDAMENTARSE EN EL DESCONOCIMIENTO O NO ESTIMACIÓN DE COSA JUZGADA POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR

S 18 octubre 1982 (RA 5651)

Se condena a una persona por delito de tenencia ilícita de armas, basado en hechos que ya habían sido objeto de enjuiciamiento y condena por otro Tribunal.

Interpuesta demanda de revisión por tal motivo, es estimada por el Tribunal Supremo.

CONSIDERANDOS: Que el recurso de revisión, de naturaleza extraordinaria y con características especiales, en cuanto que es atentatorio al principio de cosa juzgada, implica la defensa de la más noble garantía que se ofrece a la inocencia o inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, por lo que su finalidad está encaminada a prevalecer sobre la sentencia firme la auténtica verdad, y con ello al triunfo de la Justicia eminentemente material sobre la formal, señalándose como causa procedente del recurso, en el art. 954, cuarto, de la L. E. Crim., cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.

Que en el presente recurso de revisión, interpuesto por el Ministerio Fiscal, se pone de relieve que el procesado Amalio G. I., fue ejecutoriamente condenado el 8 de mayo de 1980 por la Audiencia Provincial de León por un

delito detención ilícita de armas, y el 27 de octubre del mismo año por la Audiencia de Oviedo por delito de la misma naturaleza, teniendo ambas infracciones, como base para su tipología, la misma actividad o dinámica delictiva, consistente en la posesión o tenencia de una sola escopeta de cañones recortados en perfecto estado de funcionamiento, núm. 57.185 para cartuchos de 12 mm., lo que implica que la última sentencia citada no debió pronunciarse por haber sido juzgado por el mismo hecho con anterioridad, con lo que procede acoger el recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal y anular la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo.

PROCEDENCIA POR CONDENA A MENOR DE EDAD PENAL

S 25 junio 1984 (RA 3677)

Se siguen diversas causas por falta de hurto y delito de robo, en las que el acusado es condenado por ellas.

Interpuesta demanda de revisión se acredita documentalmente que, en la fecha de comisión de los hechos referidos, su autor era menor de dieciséis años.

El Tribunal Supremo rescinde la sentencia.

CONSIDERANDO: Que como es conocido, el recurso de revisión previsto en los arts. 954 al 961 del Título II del Libro 5.º de la L. E. Crim., es de naturaleza extraordinaria y especial que se establece en nuestro ordenamiento jurídico-penal como última garantía ofrecida a la justificada inocencia o inculpabilidad de quien ha sido reputado responsable de infracción criminal y en tal concepto condenado con palmarío y ostensible error, por lo que su esencial finalidad se dirige a hacer prevalecer frente a los efectos de una sentencia o resolución firme, sustentada en una verdad formal y legal, la auténtica y plena verdad material, real y extraprocesal, quedando su admisión

restringida a los excepcionales supuestos contemplados en el art. 954 de la citada Ley, de los que el señalado en el núm. 4.º exige y precisa la indispensable concurrencia de «nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado», o sea, de forma tan exacta y certera que no permita abrigar duda alguna, revelando y resaltando de una parte el error cometido en la sentencia revisada y de otra la notoria inculpabilidad del sancionado por ella, y en su consecuencia la improcedencia de seguir manteniendo la eficacia e impugnabilidad de la cosa juzgada al quedar enteramente probado que la misma fue fundada sobre bases que los nuevos hechos y pruebas aportados han demostrado plenamente estar equivocados como reiteradamente tiene afirmado esta Sala en sentencias de 10 marzo 1972, 28 noviembre 1975, 17 octubre 1977 y 4 diciembre 1979, entre otras.

Que en el supuesto concreto ahora planteado por el Ministerio Fiscal, interponiendo recurso de revisión sobre la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito núm. 4 de los de Zaragoza, con fecha 22 abril 1982, por la que se condenó al entonces acusado Eduardo G. E. como autor de una falta de hurto a la pena de tres días de arresto menor, bajo las bases conocidas por dicho Juzgado de que el inculpaado del nombre y apellidos citados, de 16 años de edad, natural de Barcelona, había sustraído un anorack no valorado, el día 8 de febrero de 1982 en Zaragoza, posteriormente en Diligencias Previas 297/81 seguidas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Zaragoza, contra el denunciado del mismo nombre, apellidos y naturaleza anterior, por robo se le condenó por sentencia de 18 mayo 1982 a la pena de 20.000 pesetas de multa y aportada a ésta certificación de nacimiento de la que se acreditaba en esencia que aquél era hijo de José y María del Carmen, nacido en B. el 1 noviembre 1966, de lo que se desprendía por simple contraste de fechas de nacimiento y comisión de los hechos a

que se contraía las sentencias de Zaragoza, que al tiempo de estos últimos el acusado no había cumplido los 16 años, quedando exento de responsabilidad criminal, si se trataba de la misma persona, tramitándose la correspondiente información suplementaria consistente: a) en certificación literal de las sentencias dictadas por los Juzgados de Distrito núm. 4 y de Instrucción núm. 3 de Zaragoza, contra las que se interpone el recurso de revisión; b) en certificación íntegra y literal del acta de nacimiento del acusado, librada por el Registro Civil de Barcelona; c) informaciones sobre antecedentes policiales del denunciado obrantes, acompañados de las fotocopias de las huellas dactiloscópicas del acusado tomadas en dichos Organismos provinciales, y d) acreditándose asimismo su identidad y datos de origen y filiación única.

Que de la información supletoria instada al interponer el recurso y practicada y unida al Rollo de Sala de este Tribunal se desprende con absoluta certidumbre que el condenado Eduardo G. E., por Sentencia del Juzgado de Distrito de Zaragoza núm. 4 con fecha 22 febrero 1977 como autor de una falta de hurto y por el Juzgado de Instrucción núm. 3, también de Zaragoza, el 18 mayo 1982, por un delito de robo, es la misma persona que nacida en Barcelona el 1 noviembre 1966, fue inscrita correctamente en el Registro Civil de esta población con el nombre de Eduardo G. E., por lo que en las fechas de comisión de los hechos y de las sentencias, tenía 15 años de edad, resultando inconcuso que al tiempo de realizar tal hecho, se hallaba exento de responsabilidad penal por ser menor de 16 años, circunstancia que impone y exige declarar la nulidad de las repetidas sentencias, dictadas, con manifiesta e involuntaria infracción del artículo 8.º, núm. 2, del C. P., en razón de haberse conocido con posterioridad al fallo, el hecho cabal y exacto de su nacimiento y que es la circunstancia básica de la plena responsabilidad del

condenado, acogiendo en su virtud el recurso de revisión examinado promovido por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 954, núm. 4.º y 957 de la citada Ley Procesal, a cuyo recurso y fundamentación se adhirió, la representación de aquél casando y anulando en su virtud la sentencia revisada y dictándose en su lugar y a continuación la procedente en derecho.

19. NULIDAD DE ACTUACIONES

IMPROCEDENCIA

Auto 6 junio 1984 (RA 3520)

Al formular recurso se solicita del Tribunal Supremo pronunciamiento previo sobre la posible nulidad de actuaciones, derivada de la presunta conculcación por parte de la acusación de determinados preceptos que se consideran productivos de aquélla.

El Tribunal Supremo desestima esta pretensión.

CONSIDERANDOS: Que el recurso de nulidad de actuaciones, en el proceso penal, es reconocido por la doctrina jurisprudencial de modo reiterado, no sin antes haber pasado por ciertas vacilaciones, y tiene su fundamentación en la existencia de normas de rigurosa e ineludible aplicación, que reclaman su cumplimiento por todos los Organos del Estado, y muy especialmente por los encargados de la Administración de Justicia. Es axiomático el admitir la ineficacia de lo actuado contraviendo la observancia de esta normativa de rigurosa aplicación, siendo requisitos imprescindibles para la viabilidad del mismo: que la norma dejada de cumplir tenga el carácter de constitucional, o afecte a los derechos fundamentales o al orden público; que la nulidad de actuaciones sea imprescindible, por no existir otro medio para la convalidación del acto; y que ha de afectar o concretarse a aquellas que estén en íntima conexión con la misma. De acuerdo con esta doctrina, el

recurso de nulidad no procede si el acto que se señala como causa del mismo carece de operatividad o trascendencia jurídica y también cuando el medio reparador puede hacerse sin afectar a la nulidad de los trámites llevados a efecto.

Que en el presente recurso de casación se ha interpuesto, como cuestión previa, la nulidad de las actuaciones, basado: en que la esposa del fallecido designa abogado y procurador sin acompañar poder para pleitos, ni ratificación ante el Juzgado y se persona en la Audiencia, después de haber calificado el Fiscal; y en que sólo dice representar a uno de sus tres hijos. Con ello se dice que se han infringido los artículos 109 y 110, así como el 119 de la misma Ley y los arts. 3 del Estatuto General de Procuradores de los Tribunales y 1.280-5.º del C. Civ., por lo que la providencia en la que se manda calificar la causa es nula. Los artículos citados como infringidos y que sirven de apoyo jurídico, regulan: el 109 la instrucción del derecho que asiste al ofendido para mostrarse parte; el 110 el derecho que tienen los perjudicados a mostrarse en la causa, si no hubieran renunciado a este derecho, antes del trámite de calificación del delito; el 119 el derecho a que se les nombre de oficio Procurador y Abogado si estuvieren habilitados para defenderse como pobres; y el art. 3 del Estatuto, determina la forma en que ha de hacerse la comparecencia en juicio; y, por último, el 1.280, en su núm. 5.º, especifica que entre los actos que han de constar en documento público, está el poder general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicios. Estas disposiciones no tienen contenido para que su inobservancia dé lugar a la nulidad de lo actuado, pues con considerar como ineficaz el acto en que se basa, por no ser imprescindibles para el trámite normal del proceso, es suficiente bastando simplemente que no tengan operatividad, como ocurre en el presente caso, y en el que casacionalmente puede declararse la aplica-

ción ilegal de los preceptos sustantivos penales que se hayan invocados y han repercutido en el ejercicio de las acciones civiles y, por consiguiente, en las indemnizaciones concedidas. Por todo ello no es procedente acceder a lo solicitado en el presente recurso de nulidad, debiendo continuar la impugnación casacional por los trámites ordinarios.

20. RECURSO DE CASACION

INADMISIÓN POR PLANTEAMIENTO IMPROCEDENTE

S 17 septiembre 1982 (RA 4940)

En causa seguida por delito contra la salud pública, la sentencia en su relación de hechos probados estima que el procesado se dedicaba a la distribución y venta de sustancias estupefacientes.

Recurrida la resolución, se hace por considerarla contradictoria con los hechos probados, mediante la alegación meramente subjetiva de que las drogas aprehendidas eran para el consumo del procesado y no para traficar con ellas.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que, con arreglo a lo que dispone el núm. 3 del art. 884 de la L. E. Crim., los recursos de casación por infracción de ley, amparados en el núm. 1.º del art. 849 de dicho ordenamiento procesal, son inadmisibles cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos; y como en el presente caso se ha faltado a tal elemental particularidad de la casación, por cuanto se afirma que «de las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral y obrantes en el acta», la finalidad de la compra por el procesado de las sustancias tóxicas que le fueron ocupadas «era la del mero consumo, por tratarse de un consumo habitual de hachís», siendo así que tales expresiones de hechos no

se recogen en la resolución combatida que, por el contrario, lo que consigna es que el recurrente compró en Algeciras la referida sustancia —en unión de otro procesado—, para proceder a su distribución o venta posterior, en San Sebastián, donde se hallaban, es claro que se desoyó aquella prohibición, lo que determina que el recurso no pueda ser acogido, ya que las causas de inadmisión lo son también de desestimación según reiterada doctrina de esta Sala.

LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR DE LOS HEREDEROS DE QUIEN PARTE EN EL PROCESO

Auto 29 octubre 1982 (RA 5717)

Fallecida la parte acusadora durante la tramitación del proceso, sus herederos intentan recurrir contra la sentencia pero no hacen constar formal y fehacientemente el hecho del fallecimiento, ni su cualidad de tales.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

CONSIDERANDO: Que el art. 854 de la L. E. Crim. autoriza interponer recurso de casación contra las sentencias que dicten las Audiencias en juicio oral y única instancia, solamente el Ministerio Fiscal, a los que hayan sido parte en los juicios criminales, a quienes sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia, y a los herederos de unos y otros, de donde resulta que, si cualquiera de los que tienen derecho a recurrir ha fallecido durante la tramitación de la causa, es condición indispensable, para que sus herederos puedan sustituirle legítimamente en el ejercicio de tal derecho, que conste dicha cualidad de herederos y el fallecimiento del causahabiente de los mismos, y siendo así que en este caso fue preparado el presente recurso por Francisco F. P., que se dice fallecido pero cuyo fallecimiento no consta fehacientemente que haya tenido lugar, e interpuesto posteriormente por los hermanos Eliseo, Alfonso, Jesús-Fermín,

Plácido, Roberto, José y Francisco F. C., cuyas cualidades de herederos de Francisco F. P. tampoco aparecen documentadas en forma debida más que por manifestación de ellos mismos, lo que no es suficiente, es claro que el recurso no puede pasar del trámite actual, porque, no reconociéndose legitimación para recurrir a quienes lo han articulado, se incurre, al plantearlo como lo han hecho, es decir, sin la oportuna acreditación de los extremos expuestos, en la causa de inadmisión 4.º del art. 884 de la mencionada Ley de procedimientos penales.

IMPOSIBILIDAD DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES NUEVAS

S 11 noviembre 1982 (RA 7103)

La acusación califica los hechos como constitutivos de delito de hurto. La defensa del acusado se limita a negar los hechos.

Condenado el procesado recurre en casación estimando que el delito fue en un primer momento calificado como falta y su agravamiento fue debido a multirreincidencia en delitos contra la propiedad pero sin que la sentencia determine específicamente cuáles eran aquéllos. Sobre esta base, considera infringido el artículo 515,4 del Código Penal.

El Tribunal Supremo desestima el recurso considerando que se trata de una ampliación del «thema decidendi» contrario a su propia naturaleza.

CONSIDERANDOS: Que el único motivo del recurso se formula por infracción de Ley del art. 849, 1.º de la L. E. Crim. por cuanto la sentencia recurrida infringe un precepto penal de carácter sustantivo al aplicar indebidamente el art. 515, núm. 4.º del C. P. Se basa en que el delito imputado y por el que fue condenado era uno de hurto de 10.000 pesetas, originariamente constitutivo de falta de hurto, pero transformado en delito, por los antecedentes penales por delitos contra la propiedad. El re-

sultando de hechos se limitó a decir que «Miguel Angel —anterior y ejecutoriamente condenado a prisión menor por delito contra la salud pública, al que le ha sido apreciado la multirreincidencia en delitos contra la propiedad— junto con Diego...», expresión manifiestamente insuficiente —sigue diciendo el recurrente—, para fundar una condena por el art. 515, 4.º, pues los delitos contra la propiedad son muchos, pero sólo sirven para la aplicación de ese precepto, los de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o por dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida; el resultando de hechos no especifica estas condenas y no es permitido buscar los antecedentes del culpable fuera de lo que la sentencia declara probado.

Que la fundamentación del recurso debe ser rechazada, en primer lugar, porque significa una cuestión nueva que debió ser expuesta y fundamentada en la instancia. El Ministerio Fiscal formuló las conclusiones primero provisionales y luego definitivas, calificando el hecho como delito de hurto del art. 514, 4.º y 515, 4.º del C. P.; el recurrente en el mismo trámite se limitó a negar los hechos, pero nada alegó sobre la improcedencia de la calificación formulada, lo que no permitió a la Audiencia, en la sentencia, razonar sobre el fundamento de la calificación fiscal, que hacía suya, puesto que nadie la habría tachado de errónea; no es lícito suscitarse ahora rompiendo el equilibrio de igualdad de oportunidades de acusación y defensa, y ampliando o ensanchando el «*thema decidendi*», incompatible con la naturaleza del recurso de casación, como extraordinario y circunscrito necesariamente al ámbito fáctico y jurídico en que se desenvolvió el Tribunal de Instancia, pero nunca superior o más extenso, rompiendo con los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y «*bona fides*» que informan la fase plenaria del proceso penal. En segundo lugar, porque dependiendo la prueba del he-

cho de haber sido o no el reo condenado anteriormente por otros delitos, de la Hoja histórica del Registro Central de Penados y Rebeldes, reiteradísima estimada por este Tribunal como documento auténtico, la corrección del fallo que se estima erróneo por ilegal, no se consigna porque al no concretar el «*factum*» las condenas anteriores, se ha incidido en una infracción de Ley, del núm. 1.º del art. 849, sino acudiendo al núm. 2.º del mismo precepto por el que resplandecería la verdad —favorable al reo— única forma de destruir la afirmación fáctica de que por los antecedentes penales del mismo hay que aplicar el art. 514, 4.º por el que se le condena. Pero el examen de los autos, que la Sala ha hecho al amparo del art. 899 de la L. E. Crim., acreditan, por la Hoja Histórica Penal, que el recurrente ha sido anteriormente condenado en 5 delitos por robo, 5 por hurto de uso, 2 por hurto y otra contra la salud pública. Motivos todos que quevan a la desestimación del recurso.

EL RESPONSABLE CIVIL CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ASPECTOS PENALES DE UNA SENTENCIA

Auto 27 septiembre 1982 (RA 4974)

En delito por imprudencia se condena a una persona como autor y a otra con el carácter de responsable civil subsidiario.

Este segundo recurre contra los pronunciamientos penales de la sentencia y el Tribunal Supremo considera el recurso como inadmisibles.

CONSIDERANDOS: Que es doctrina reiterada y pacífica de esta Sala, en aplicación del art. 854 de la L. E. Crim., que el recurso de casación está concebido para la defensa de derechos propios y personalísimos, sin posibilidad de admitir en forma alguna, la defensa de derechos ajenos, cuya titularidad corresponde a personas cuya representación no se ostenta. Este principio general, jurídicamente elemental, se ha

concretado por la Sala, en el sentido de que carece de legitimación para impugnar la responsabilidad criminal del condenado, el responsable civil subsidiario al ser personas distintas, responsabilidades e intereses diferentes y extremos del fallo igualmente distintos los que se han de combatir.

Que por tanto los extremos del fallo que el responsable civil subsidiario puede combatir al amparo del art. 849, 1.º de la L. E. Crim. y 22 del C. P., los extremos que él se refiere, esto es, cualidad de empresarios, la relación de dependencia del autor del delito, el desempeño de sus obligaciones o servicios y demás problemas que el art. 22 plantea, mas no la existencia del delito por el que condenan y la concurrencia de circunstancias en el mismo, cuya titularidad, a efectos de casación, sólo la tiene el que es condenado y en este extremo el único que puede recurrir.

Que por tanto los tres motivos del recurso de don Eliezer G. V., al defender derechos ajenos, ejercita un derecho que no le corresponde, e incurrir en todos en la causa 4.ª de inadmisión del art. 884 de la L. E. Crim., como así debe declararse.

QUIEN SE ADHIERE A ÉL NO PUEDE ADUCIR MOTIVOS DISTINTOS AL DEL PRIMER RECURRENTE

S 20 diciembre 1982 (RA 7746)

Se recurre contra los pronunciamientos de una sentencia en materia de responsabilidad civil, alegando infringido el artículo 106 del Código Penal.

La parte recurrida se adhiere al recurso en este punto, pero considerando infringido el artículo 104 del mismo Cuerpo legal.

El Tribunal Supremo determina el alcance de la adhesión y desestima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que, la adhesión al recurso de casación en materia pe-

nal, tiene una significación peculiar, pues el que se adhiere al recurso interpuesto por otra parte, no puede pretender, con ello, ensanchar el ámbito impugnativo añadiendo nuevos motivos o temas distintos a los planteados por el primitivo recurrente, sino que lo debe hacer amoldándose a la posición procesal de este, sumándose a él y aunando sus esfuerzos impugnativos de la sentencia recurrida, sin introducir ningún elemento de dispersión y vigorizando, potenciando o fortaleciendo la impugnación ajena con nuevos argumentos, renovando brío o enérgicos y convincentes razonamientos. Infririéndose de lo dicho que no es lícito ni admisible la pretendida adhesión que, como la de autos, se apoya en la vulneración de preceptos sustantivos no invocados por aquella parte a cuyo recurso se adhiere otra distinta, ni la que, citando idénticos preceptos sustantivos pretendidamente violados, los esgrima para obtener resultados, para él gratos y favorables, pero que difieren y disuenan de lo pretendido casacionalmente por el primitivo recurrente.

Que en el caso presente, los cónyuges recurridos —don Alvaro R. y doña Obdulia M.—, en trámite de instrucción, se adhirieron al segundo motivo de fondo de los artículos por F. L., adhesión improcedente «*prima facie*», pues el F., estimó infringido el art. 106 del C. P. merced a la distribución igualitaria de la responsabilidad civil, mientras que, los adheridos, con indudable subversión del tema planteado, invocan el art. 104 de dicho Código pretendiendo que las indemnizaciones procedentes se señalen a favor de los más próximos parientes y no de los herederos de los difuntos, adoptando, pues, una postura impugnativa independiente que no concuerda con la naturaleza y límites de la adhesión a recurso ajeno.

21. COSTAS

**NO INCLUSIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES
A LA ACUSACIÓN PARTICULAR**

S 2 enero 1984 (RA 3)

La acusación particular, en su escrito de calificación, solicita condena del procesado por delitos de asesinato y lesiones.

La sentencia condena por imprudencia causante de homicidio y excluye de las costas las correspondientes al acusador particular.

Recurrida la sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que, como ha tenido ocasión de proclamar esta Sala, cualquiera que sea el procedimiento seguido y conforme a lo establecido en los arts. 109 del C. P., en relación con los 240, 802 y concordantes de la L. E. Crim., es de destacar que, hoy por hoy, rige la procedencia intrínseca de la condena en costas, sin necesidad de tener que pronunciarse el Tribunal «a quo» por la relevancia de la actuación del acusador particular, salvo aquellos supuestos especiales en que el juzgador considera, con valorada ponderación discrecional, que no procede el pago, lo que, en principio, ocurre si la acusación se ha excedido con una plus petición heterogénea e inviable, dando lugar a una discordancia manifiesta entre la petición acusatoria y la condena en costas —SS. de 9, 20 y 26 de febrero y 5 de noviembre de 1981, y 24 de febrero de 1983—, supuesto que, en el caso de autos, obliga a no incluir las costas de la acusación particular habida cuenta esa manifiesta discordancia y falta de correlación, ya que en el escrito de calificación se postulaba una condena por asesinato y lesiones y la sentencia condena por imprudencia, lo que conlleva la desestimación del séptimo y último de los motivos en que se denuncia la interpretación errónea del art. 109 del C. P., en relación con el 110 y núm. 3.º del 111 del mismo.

22. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA

S 17 febrero 1983 (RA 1693)

Esta causa, tramitada por el procedimiento de urgencia, se propone un determinado medio de prueba cuya práctica es denegada por la Audiencia.

Se formula protesta por ello, pero no se reproduce la petición de prueba en el juicio oral.

Recurrida la sentencia por denegación de prueba, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

CONSIDERANDO: Que habiéndose seguido esta causa por los trámites establecidos para el procedimiento de urgencia cuyo conocimiento corresponde a las Audiencias y propuesta por el recurrente la prueba de reconocimiento en rueda en el escrito de conclusiones provisionales, fue inadmitida por Auto de la Sala de 1 de septiembre de 1981, formulando la protesta oportuna a efecto de interponer en su momento oportuno el recurso de casación, con olvido de que el procedimiento de urgencia, cuando las pruebas propuestas por las partes fueren rechazadas; contra esa resolución no cabe recurso ni es preciso protestar, pues según el art. 799 de la L. E. Crim., esa petición puede reproducirse por la parte agraviada en el momento previsto en la regla 1.ª del art. 800 de esa misma Ley, es decir, antes de iniciarse la práctica de todas las pruebas admitidas y no apareciendo del acta del juicio oral que en ese momento procesal se reprodujere esa petición, ni se formulara en ese momento, por consiguiente, la oportuna protesta no se ha preparado en forma el recurso, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso, formulado al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim.; pero es que, además, la prueba de reconocimiento en rueda, que tiene como función la de acreditar la personalidad de un autor dudoso mediante su reconocimiento entre varias personas de caracte-

terísticas semejantes, ya se había practicado con resultado positivo, y una vez practicada antes del juicio oral carece de trascendencia su reproducción en éste, pues una vez identificada la persona por su visión directa y discriminación entre otras de características semejantes, el resultado de la diligencia dará el mismo resultado, pues la persona ya era conocida; por lo que, en todo caso y cualquiera que fuere el procedimiento ordinario o de urgencia estuvo bien denegada la práctica de la prueba propuesta.

INCOMPARECENCIA DEL PROCESADO AL ACTO DEL JUICIO ORAL SIENDO DE PAÍS CON EL QUE ESPAÑA MANTIENE RELACIONES DIPLOMÁTICAS

S 16 julio 1984 (RA 4208)

Se sigue causa contra un súbdito portugués por delito derivado del uso y circulación de vehículos de motor.

Incomparecido en el acto del juicio oral el Ministerio Fiscal solicita la suspensión, a la que no se accede.

Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo estima el recurso y declara producido quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que, en el caso estudiado, se trató de procedimiento de urgencia de competencia de la Audiencia de Salamanca, motivado concretamente por delito derivado del uso y circulación de vehículos de motor, y como el procesado era extranjero (portugués), residente habitualmente en país (Francia) que mantiene relaciones diplomáticas con España, a virtud de lo dispuesto en el apartado h) de la regla octava del artículo 785 de la Ley rituarial, como excepción a la normativa general, el Juzgado de Instrucción primero, y, más tarde la Audiencia, le podían autorizar para trasladarse a su lugar de residencia, siempre y cuando garantice la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias a que pueda haber lugar, señale domicilio fijo en el que se puedan diligenciar citaciones,

notificaciones y emplazamientos y preste caución no personal garantizadora de su comparencia ante el Tribunal cuando sea necesario, como así se hizo, cumpliendo, el acusado, cuantos requisitos se han enumerado, y tal como se comprueba examinando el sumario de autos. Con lo que, llegado el momento del señalamiento del juicio oral, aunque no fuera citado el acusado personalmente sino en el modo establecido en el indicado apartado h) —véanse folios 22 vuelto y 36 vuelto del Rollo de la Audiencia—, la citación fue absolutamente válida y realizada en forma; pero no habiendo comparecido, a pesar de la susodicha citación, el acusado, en el lugar, día y hora señalados al efecto, ante la petición de suspensión formulada por el Ministerio Fiscal y no secundada ni por la defensa del acusado ni por la acusación particular, la Audiencia «a quo», debió acceder a ello procediendo, además del modo prevenido en el último párrafo del apartado h) tantas veces citado, decretando la prisión del incomparecido, la pérdida de la caución prestada y la subsiguiente rebeldía del mismo con observancia de lo dispuesto en el artículo 843 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por lo que, no habiéndolo dispuesto así la Audiencia de origen, la cual no exteriorizó siquiera las razones o fundamentos de su determinación, y habiendo formulado el Ministerio Fiscal la oportuna protesta que se hizo constar en acta, procede la estimación del único motivo del presente recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público con base en el número 2.º del artículo 850 de la citada Ley, procediendo igualmente la anulación de todas las actuaciones practicadas por la Audiencia de Salamanca a partir del 9 de junio de 1983, a quienes se devolverá lo actuado para que, dicho organismo jurisdiccional, proceda como dispone el último párrafo del apartado h) de la regla octava del artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 843 de la misma y con el artículo 10 del texto refundido de la Ley de 24 de

diciembre de 1962 aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968.

23. DERECHOS FUNDAMENTALES

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

S 1 junio 1982 (RA 3451)

En causa por robo el procesado niega en todo momento su participación en el delito de que se le acusa, sin existir otras pruebas incriminatorias. No obstante es condenado.

Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo estima infringido el derecho a la presunción de inocencia y la anula.

CONSIDERANDOS: Que, pasando al estudio del primero de los motivos de fondo (sexto ordinal, tras la inadmisión en el trámite correspondiente de los dos anteriores) presenta un serio y grave problema en tanto en cuanto su formulación, que no su fundamentación, están indisolublemente, unidas a los argumentos contenidos en los dos motivos anteriores, lo que, en buena técnica procesal y en aras de una justicia intrínseca para salvar el principio de verdad material obliga a no perder de vista aquellos elementos sustentadores de los motivos anteriores que, a su vez, son soporte del que ahora se articula, y cuya revisión y reconsideración encuentra fácil acomodo y expediente adecuado, recurriendo al arbitrio que facilita el art. 899, en su párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para una mejor comprensión de los hechos relatados en la resolución recurrida, cual es el examen detenido de los autos, siquiera convenga ya dejar sentado de entrada que no se trata de sustituir el criterio del Tribunal de instancia en la valoración de las pruebas, conforme a los cánones preestablecidos en el art. 741 de la Ley Procesal Criminal, sino en algo tan simple, pero trascendente y sustancial, cual es el de examinar el medio o medios de prueba arbitrados y su posible confrontación con el prin-

cipio de presunción de inocencia proclamando por la Constitución en su art. 24, 2, y qué consecuencias, de índole técnica y práctica, pueden extraerse en aras de la prevalencia de un principio intrínseco de justicia sin merma ni adulteración de los cánones procesales que puedan arbitrarse para su consecución.

Que, esto sentado, las pruebas admitidas y practicadas en el juicio fueron las de confesión de los procesados y la documental, referida ésta, exclusivamente, a la lectura de particulares del sumario relativos a la documentación de declaraciones de los procesados y perjudicado, siendo de destacar, a los efectos que ahora interesan y siguiendo unas directrices puramente objetivas y asepticas, los siguientes hechos: que el procesado, hoy recurrente, declaró ante la Policía en presencia de Abogado y en ningún momento se confesó autor del hecho ni haber tenido la menor participación, que ratificó su declaración ante el Juez y tampoco confesó y que llegó a juicio oral adoptando siempre la misma posición, sin que en su poder se hayan encontrado objetos procedentes del robo de autos y sí sólo una llave del piso en que vivía el otro procesado, coincidiendo ambos en que le había facilitado una con el fin de encontrar albergue para rehuir la acción policial, dada su situación de busca y captura por haberse evadido del penal de Burgos; que, en ningún momento el otro procesado hizo imputación alguna al hoy recurrente de participación en los hechos y que todo lo sustraído fue encontrado y recuperado, en parte, en el domicilio indicado.

Que, ya en este trance, queda de manifiesto no una penuria en la práctica o existencia de pruebas o indicios que denoten la culpabilidad del recurrente, sino la falta absoluta de toda prueba, con lo que, dicho se está, si la presunción de inocencia se da ante la falta de pruebas o de pruebas insuficientes, este principio, consagrado en el artículo 24, 2 de la Constitución, no puede por

menos de ser acogido en el supuesto de autos a través de la sabia prescripción del legislador, contenida en el párrafo segundo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en conjunción del motivo que se estudia, articulado por el cauce formal del número 1.º del art. 849 de la misma Ley Procesal y en el que se denuncia la infracción de aquel precepto constitucional, cuando es lo cierto que dicho motivo, a modo de cordón umbilical y como premisa aceptada, descansaba en los dos precedentes, delatores de los errores de hecho que se formulaban al amparo del número segundo del artículo citado y que también permitieron a esta Sala el examen de todo lo actuado en la causa.

Que, por todo ello, procede casar la sentencia impugnada, dictando una segunda conforme a Derecho, y sin necesidad de entrar en el estudio del séptimo y último de los motivos articulados, ante la inoperancia del mismo frente a la admisión del anterior.

INDEFENSIÓN. APRECIACIÓN DE OFICIO

S. 7 octubre 1982 (RA 5608)

Se acusa a varias personas de delito de robo. La defensa alega en su escrito de conclusiones la circunstancia de que el mismo día y a la misma hora de comisión de los hechos imputados, los procesados se encontraban en otro lugar cometiendo otro delito por el que ya habían sido juzgados y condenados.

Se dicta sentencia sin tener en consideración las alegaciones de la defensa.

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo estima el recurso.

CONSIDERANDOS: Que el único motivo del recurso, aunque incorrectamente planteado, al amparo del artículo 851, 1.º de la L. E. Crim., porque bien se observa que la sentencia es clara y terminante en sus hechos, no contiene contradicción sustancial alguna, ni emplea conceptos jurídicos pre-

determinantes del fallo, sin embargo, en el fondo plantea un problema de indefensión de la parte, puesto que habiendo alegado en su escrito de conclusiones definitivas la falta de reconocimiento de los hechos que la sentencia atribuye a los recurrentes en el apartado B) de los hechos probados, porque el mismo día y hora los procesados cometían un asalto a una wisquería de Alcira (Valencia), sobre cuyo extremo no se pronunció la sentencia, es lo cierto que más bien que al amparo del citado precepto, se ha planteado, si bien con error material, mecanográfico sin duda, una cuestión de hecho, con repercusiones jurídicas trascendentes, no resolviéndose en ella todos los puntos que en este caso han sido objeto de la defensa.

Que encajado así, correctamente el motivo en el artículo 851, 3.º, la parte en el escrito de conclusiones definitivas, alega que sus patrocinados ese mismo día y hora en que se les atribuye la autoría del robo del apartado B), cometieron un atraco en Alcira (Valencia), siguiéndose por tal hecho, el sumario 42/79 de dicho Juzgado, sobre el que recayó sentencia de 11 de enero de 1980, por cuyos hechos están cumpliendo condena. Y como tal alegación, con datos tan concretos, bien se observa que no es una simple argucia defensiva, sino una alegación sustancial a comprobar por la Sala sentenciadora, es claro que al no hacerlo produjo una auténtica indefensión, a los procesados, incurriendo en la causa de quebrantamiento de forma antes citada, en relación con los arts. 24 y 53, 3.º de la Constitución inspiradora suprema de los criterios interpretativos, no sólo de las leyes, sino de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos, que en tal aspecto puede afirmarse que están desarrollados en nuestra L. E. Crim. sin perjuicio, en su caso, de una mayor extensión y concreción.

INDEFENSIÓN DEL PROCESADO

S. 17 noviembre 1983 (RA 5507)

En causa por desacato a Autoridad judicial la parte acusadora, en su escrito de calificación, considera la actuación del procesado como de grave descrédito a aquella Autoridad, pero no determina cuáles son las expresiones constitutivas de delito.

Se recurre contra la sentencia y el Tribunal Supremo la anula por considerar producida indefensión.

CONSIDERANDO: Que una razón lógico-jurídica exige el análisis previo de los motivos 2.º y 3.º del recurso, ya que de prosperar haría innecesario resolver los otros. Ambos motivos interpuestos al amparo de los arts. 851, 3.º y 849, 1.º de la L. E. Crim., por distinta vía procesal, denuncian la infracción del art. 24 de la Constitución en cuanto proclama el principio de la no indefensión. Se persigue en la causa un delito de desacato imputado al periodista señor M. R. publicado en la revista «La Calle», en el número correspondiente al mes de julio de 1981. En dicho artículo el periodista ponía de manifiesto la conducta del Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. 1 de la Audiencia nacional, Ilmo. Sr. V. C., en relación con las causas seguidas al Comandante señor S. Y., con motivo de la «Operación Galaxia»; el señor M. L. por su participación en el asesinato de la señorita Yolanda G.; y la intervención del mismo Juez en el asunto de presuntos malos tratos a reclusos de la prisión de alta seguridad de Herrera de la Mancha. En los tres casos era imputado al señor V. C. benevolencia con los inculcados, significados por sus ideologías de extrema derecha. Seguido sumario a instancia del Ministerio Público y llegado el trámite de conclusiones provisionales en escrito de 22 diciembre 1981, se limita a decir, refiriéndose al artículo en cuestión: «desprendiéndose del mismo afirmaciones sobre la conducta del citado Juez titular del núm. 1 de los Juzgados Centrales, rela-

tivas al ejercicio de sus funciones que suponen grave descrédito para su persona». En la conclusión segunda se calificaba los hechos como constitutivos de un delito del art. 244 del C. P.; estas conclusiones fueron elevadas a definitivas en el juicio oral. La defensa del procesado las modificó, pidiendo la absolución de su defendido, fundada precisamente en no concretarse ninguna de las expresiones presuntamente constitutivas del delito de desacato, por lo que se creaba una evidente situación de indefensión al procesado con violación del art. 24 de la Constitución. La situación fáctica y jurídica es sustancialmente idéntica en este proceso y en la sentencia del Tribunal Const. citada, por lo que no es preciso aportar más profundos razonamientos, para teniendo en cuenta la doctrina mantenida en el anterior considerando, afirmar que se ha infringido el principio de indefensión consagrado en texto constitucional, con la obligada consecuencia de declarar nulas las actuaciones a partir del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Público, con devolución de los autos a la Audiencia Nacional.

INDEFENSIÓN. APRECIACIÓN DE OFICIO

S 2 febrero 1984 (RA 710)

En causa por injurias la sentencia de la Audiencia omite, en su relación fáctica, referencia al documento del que derivan las injurias y, consecuentemente, de las palabras constitutivas de aquéllas.

Se recurre por estimar falta de claridad en hechos probados y el Tribunal Supremo, estimando que el recurso está mal fundamentado, considera, no obstante, infringido el principio de indefensión y casa la sentencia.

CONSIDERANDOS: Que, en términos de harta liberalidad, pero lo suficientemente expresivos, se ha venido pregonando por la doctrina jurisprudencial que la falta de claridad a que

hace referencia el inciso primero del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., a tanto equivale a que en el relato fáctico se incida en vicio de oscuridad, ambigüedad o, incluso, que resulte incompleto para formular en base del mismo el juicio de valor que ha de dar lugar al fallo —SS. de 15 marzo, 25 y 27 mayo, 17 junio, 8, 11 y 19 julio, 22 y 30 septiembre, 10 octubre y 10, 21 y 23 noviembre del pasado año—, y de ahí el que, en más de una ocasión, y en aras de elementales principios procedimentales proyectados a una economía procesal, y partiendo del supuesto de que la sentencia entraña un todo unitario, se haya recurrido al expediente de integrar el resultando de hechos probados con aquellos elementos de hecho que se contengan en los considerandos —SS. de 22 septiembre 1980, 27 mayo y 27 diciembre 1981 y 2 y 21 marzo y 26 mayo 1981—, habiendo llegado, incluso, a declarar la S. de 28 enero 1954, guiada por la salvaguardia de aquellos principios, que las afirmaciones de hecho deben ser recogidas de cualquier lugar de la sentencia donde se encuentren, pero, sin rebasar esos linderos, cuando de grandes omisiones se trata, el único expediente adecuado es recurrir a la vía del núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim., siquiera en algunos supuestos especialísimos pueda seguirse el de la vía al principio indicada, siguiendo un criterio de circunstancialidad que no admite generalizaciones y que pone la incompreensión en función de la calificación jurídica que hace la resolución impugnada, en términos tales que la hacen vacía de contenido y provocan la incongruencia del fallo, como pudo destacarse, entre otras, en la S. de 20 mayo 1983.

Que esta omisión ya fue advertida por el recurrente y denunciada por el cauce formal del inciso 1.º del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., al denunciar la omisión e inserción en la resultancia fáctica del llamado Comunicado de Prensa 2/79, nota oficial de la Asamble de Colegios de A. T. S., de importancia trascendental en este recurso,

pero que no puede incorporarse al «factum» por la vía escogida por el recurrente y que hubiera podido hacerlo por el cauce formal, y forzado, no cabe duda, del núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim., ya que de aquella nota oficial arranca la llamada carta abierta al señor Asesor Jurídico del Consejo Nacional de A. T. S., y sin que esta Sala de casación, pese a denodados esfuerzos ponderativos de la sentencia encuentre en su rastro y detenido estudio elementos de juicio valorativos que incorporar al resultando de hechos probados para integrarlos en el entorno en que se desarrollaron y con la circunstancialidad en que se produjeron, propias de toda calificación injuriosas.

Que, abundando en ello, este vacío fáctico encuentra también su adecuada respuesta en la fundamentación de la sentencia, toda vez que, en los considerandos correspondientes, y tras una exposición general y generalizadora de las injurias, partiendo del concepto filosófico de las mismas, se olvida de analizar, estudiar y ponderar en sus justas dimensiones el supuesto de autos, declarando dónde encuentra las palabras del tipo penal constitutivas del delito de injurias, con lo que el juicio de valor queda huero y la calificación de las frases como hipotéticas por su falta de concreción, provocando el desconcierto en el recurrente, que en trance de casación se ve obligado a hacer un enjuiciamiento en su contra, «in malam partem», que resultan, a todas luces inaceptables, por cuanto provocarían una Casación de oficio que llevarían a criticar la postura del recurrente pero no la que adoptó la sentencia de instancia.

Que, ya en este orden de ideas y tras lo que se acaba de exponer, no es el recurso de casación, tanto de fondo como de forma, de tan riguroso y extremado matiz que no permita cierta flexibilización de sus normas en aras de la consecución de la finalidad prístina y real para la que fue creado, si se tiene en cuenta instrumento de tan

alta cotización como es el de la Constitución, en tanto en cuanto el art. 53,1, establece los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2.º del título en que aquél se enmarcan obligan a todos los poderes públicos y así es de ver que, la potenciación de la exigencia del art. 24,1 de la Constitución, en cuanto todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, precepto éste que ha tenido una amplia acogida y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ya en su S. de 14 marzo 1983, declaró que el art. 24,1 de la Constitución no contiene sólo una prohibición respecto a la indefensión, sino también un contenido positivo, en orden a la tutela efectiva, que ha de ser tenida en cuenta a la hora de aplicar el principio de interpretación de la legalidad ordinaria de conformidad con la referida Ley Fundamental y que se complementa con la doctrina senta-

da por dicho Tribunal en la S. de 11 julio del mismo año 1983, reiterando anteriores resoluciones, al afirmar que ese derecho fundamental comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, conforme establece el artículo 120,3, de la propia Constitución y que, en el supuesto que ahora se enjuicia, ha de conducir a la misma solución patrocinada por esta Sentencia constitucional, en el sentido de declarar la nulidad total de la sentencia, con remisión de las actuaciones al Tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia, y cuya tesis responde, en esencia, a la normativa que preside el recurso de casación por quebrantamiento de forma buscando así el restablecimiento del orden jurídico perturbado, con la consiguiente estimativa, en este especialísimo supuesto, de admitir el recurso de forma de que se hizo mérito, en función de los preceptos constitucionales estudiados, y sin que sea preciso el estudio de los demás articulados por razones elementales de técnica jurídico-procesal.

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSTITUCION Selección de resoluciones en materia procesal (1984)

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Artículo 1.1 de la Constitución (la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico). — 2. Artículo 14 (derecho a no ser discriminado). — 3. Artículo 17.3 (derechos del detenido). — 4. Artículo 24.1 (tutela efectiva de jueces y tribunales, falta de citación legal del recurrente). — 5. Artículo 24.2 (derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a no confesarse culpable, presunción de inocencia). — 6. Artículo 25.1 (principio de legalidad en materia sancionadora). — 7. Artículo 117.5 (jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense). — 8. Artículo 120.3 (motivación de las sentencias).

1. ARTICULO 1.1

LA JUSTICIA COMO VALOR SUPERIOR DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO

S 28 mayo 1984

CIVIL (Sala 1.ª) (RA 2800)

Interpuesta demanda contra el Ayuntamiento y la «Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado», en reclamación de daños y perjuicios causados por la rotura de la red municipal de abastecimiento de agua, la sentencia de instancia condena a la citada empresa, en cuanto persona jurídica inscrita con personalidad propia y distinta a la del Municipio, sin acoger la excepción de prescripción por ella propuesta. Recurrída la sentencia, el Tribunal Supremo dicta sentencia desestimatoria.

CONSIDERANDOS: Que contra el fallo y fundamento se dirige el primero y fundamental motivo del recurso (el segundo y último es mero corolario), al amparo del art. 1.692, primero, de la Ley Procesal, con la denuncia de haberse violado por la Sala de instancia el art. 1.973 del Código Civil y el razonamiento de que, pues se ha reconocido la personalidad jurídica independiente de «EMAYA, S. A.», única presunta responsable del daño y única deudora contra la que se debía haber dirigido la interpelación interruptiva, se debiera haber admitido la excepción propuesta, puesto que ella, desconocedora de la interpelación dirigida al Ayuntamiento en 1978, no puede ser afectada por la posterior y tardía hecha en 1979, en cuanto persona jurídica distinta y ajena, no interpelada en tiempo y como tal.

Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudentemente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial» de su derecho (artículo séptimo, 2, del Código Civil), lo cual no significa —ya en el supuesto del recurso— que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola perso-

na, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.

Que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los «entes públicos» o de gestión («mutatis mutandi»), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (Sociedades anónimas, por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que «la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple», externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad —internamente— de la pertenencia de la Administración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la Sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir, con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos, determinados en el art. 1973 del Código Civil, por consiguiente no violado.

Que desestimado el motivo según lo expuesto, cumple también hacerlo del segundo, que alega la inaplicación del art. 1978, segundo, del Código Civil, puesto que sólo se interpone como subsidiario del primero, es decir, dando por supuesta la violación del art. 1973 del mismo cuerpo legal.

Que, consiguientemente, procede rechazar el recurso, con las prevenciones del art. 1.648 de la Ley de Enjuiciamien-

to civil, salvo en lo relativo al depósito, no hecho ante la disparidad de las sentencias de instancia.

2. ARTICULO 14

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

1) S 19 junio 1984

LABORAL (Sala 6.ª) (RA 3348)

Interpuesto recurso de casación contra una sentencia de la Magistratura de Trabajo, por estimar los recurrentes que había infringido el principio de igualdad ante la ley, el Tribunal Supremo, tras afirmar que el art. 14 Ct. impide a los órganos judiciales modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, desestima el recurso por no existir tal identidad entre los supuestos contemplados.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo se ampara en el artículo 167.1 de la L. Pro. Lab., con denuncia de haber infringido la sentencia recurrida por no aplicar el artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad real y efectiva del ciudadano ante la Ley, por entender que con fecha 8 de abril de 1978 la Sala 4.ª del T.S. dictó sentencia en favor de trabajadores jubilados forzosa y anticipadamente, que se hallaban en idénticas condiciones a los actores-recurrentes, resultando así que no se respetó el principio de igualdad ante la ley, en cuanto a los recurrentes se les aparta del criterio sentado en aquella, privándoles del derecho de ser revisada su pensión a cargo de la empresa, que les reconoció la Dirección General de Empleo, de 30 de noviembre de 1979, que rectificó en parte la de la Delegación de Trabajo de 17 de abril de 1973, aumentando los porcentajes; motivo que tampoco es de estimación, porque la igualdad jurídica o igualdad material o igualdad económica real y efectiva, sig-

nificando que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y del examen de lo actuado, resulta evidenciado que los recurrentes parten de una presunta identidad entre los supuestos contemplados en la sentencia de instancia y en la Sala 4.ª de 8 de abril de 1978, olvidando que esta resolución fue dictada en recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Altos Hornos de Vizcaya, que desestimándole confirmó la de la Sala de lo contencioso-administrativo de Vizcaya el 21 de diciembre de 1976, mientras que la sentencia que hoy se recurre su pronunciamiento desestimatorio de la demanda interpuesta por los recurrentes solicitando su reclamación basada en la Resolución de la Dirección General de Empleo de 30 de noviembre de 1979, que modificó la de 17 de abril de 1973, se basó en la sentencia de la Sala 3.ª del T.S. de 13 de noviembre de 1982, que confirmó la Resolución del Delegado de Trabajo de 17 de abril de 1973, anulando la de la Dirección General de Empleo de 30 de noviembre de 1979. Por tanto, tratándose de dos procesos diferentes, dado que el que finalizó con la sentencia de la Sala 4.ª de 8 de abril de 1978 afectaba a la empresa Altos Hornos de Vizcaya y a sus trabajadores, y el presente afecta a la empresa «General Eléctrica, S. A.» y parte de sus trabajadores, es claro que la Resolución que se censura no pudo incidir en la infracción denunciada en el motivo, por tratarse de supuestos de hecho iguales.

2) S 23 octubre 1984

PENAL (Sala 2.^a) (RA 5030)

Interpuesto recurso de casación contra una sentencia que castigaba al recurrente con mayor pena a la impuesta a otro partícipe en igual grado, el Tribunal Supremo desestima el recurso afirmando que los órganos judiciales no infringen el principio de igualdad jurídica «si la diferencia de criterio en la imposición de la pena no obedece a criterios irracionales o arbitrarios».

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que el artículo 53 de la Constitución, en el número 1.º, recoge la tutela de las libertades y derechos como vinculante a todos los poderes públicos, y que el artículo 14 de la misma consagra, como derecho fundamental, la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra razón y circunstancias, personal o social, no puede decirse que se vulnere este precepto por los órganos judiciales en el enjuiciamiento realizado dentro de su competencia, si la diferencia de criterio en la imposición de la pena no obedece a criterios irracionales o arbitrarios, de los que se desprende con evidente notoriedad la distinción vulneradora de la igualdad jurídica que reclama la Constitución como Ley fundamental amparadora de los derechos de la persona, por lo que, a «sensu contrario», cuando la imposición penológica se hace de modo diferente sin base o fundamento, la violación o infracción del precepto constitucional que se analiza debe ser apreciado y subsanado por los tribunales. De acuerdo con este criterio, el tercer y último motivo del presente recurso debe ser desestimado, porque se articula con la pretensión de que se declare el haber sido infringido el citado artículo 14 de la Constitución por el Tribunal de Instancia, con fundamento en que al recurrente le ha sido impuesta

mayor pena que a otro partícipe de igual grado (autor), y esta fundamentación de agravio comparativo no tiene entidad suficiente para la prevención aducida, en cuanto que la diferencia alegada obedece a que a uno se aplicó el párrafo 2.º del artículo 244 (al recurrente) y al otro procesado el primero del mismo artículo, es decir, a uno de ellos sancionando la conducta de acuerdo con la pena que se le indica al núcleo de la acción, y al otro, con las agravantes específicas que originan el subtipo delictivo de la misma, que, aunque la doctrina reiterada de esta Sala tiene establecido que a efectos penológicos el subtipo tiene autonomía independiente, sin embargo, también hay que reconocer que ciertos tribunales de instancia aún no han acogido este criterio con la suficiente uniformidad para dar lugar a establecer la desigualdad que infringe el citado artículo 14 de la Constitución, pues, por otra parte, este defecto es susceptible de haberse corregido a través de la impugnación de la sentencia por quien está legitimado para hacerlo, y con ello haberse impuesto al procesado aquietado la pena correspondiente.

3) S 2 noviembre 1984

LABORAL (Sala 6.^a) (RA 5798)

Interpuesto recurso de casación por un trabajador despedido, al haberse procedido a la readmisión de cuatro trabajadores que fueron objeto de cartas de despido idénticas a la suya, el Tribunal Supremo estima el recurso al considerar que en la no readmisión del recurrente existe una discriminación sin justificación objetiva.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso acusa, al amparo del artículo 167.1 y 5 de la Ley Procesal Laboral, no aplicación del artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores; marginando la inadecuada formalización, dado que induda-

blemente la cita del núm. 5 del precepto es error mecanográfico, pues parte del recurrente del segundo hecho probado de la sentencia sin intentar su modificación, es de estimar el motivo, pues despedidos la mayoría de los trabajadores de la empresa siendo luego readmitidos, y en concreto cuatro actores que lo fueron con cartas de despido idénticas a la del actor, dejando únicamente de readmitir a éste, es claro que existe en la no readmisión una discriminación sin justificación objetiva que, aun no alegada en juicio, debe de tenerse en cuenta al serlo en el recurso dado el carácter de derecho fundamental y constitucional a no ser discriminado que determina la nulidad «radical» del despido imponiendo la readmisión del mismo sin derecho a opción del empresario por la indemnización (sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981); tal criterio viene abonado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en que además de la citada cabe señalar, entre otras, las sentencias de 21 de diciembre de 1982 y 24 de enero de 1983, y por la de la Sala entre cuyas sentencias la de 30 de noviembre de 1982 contempla un caso idéntico al de autos, en que despedidas por los mismos actos cinco personas se readmite a cuatro y deja subsistente el despido respecto de una de ellas; lo expuesto ha de llevar a estimar el motivo, lo que determina la casación de la sentencia dictando otra más ajustada a Derecho, sin que, obviamente, haya de estudiarse el segundo motivo del recurso que con amparo en el núm. 5 del artículo 167 de la Ley Procesal Laboral acusa no aplicación del artículo 1.214 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. ARTICULO 17.3

DERECHOS DEL DETENIDO

S 29 noviembre 1984

PENAL (Sala 2.^a) (RA 6012)

w.

Declara el Tribunal Supremo que la infracción de alguno de los derechos que consagra el artículo 17.3 de la Constitución sólo determina la nulidad del acto en que se realiza la violación de la norma constitucional, pudiendo eventualmente conllevar también una infracción del derecho a la presunción de inocencia.

CONSIDERANDO: Que la Constitución, en su artículo 17.3, establece que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar, y garantiza la existencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establece, determinando la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre estos extremos, en el artículo 520, que desde el momento en que se practique la detención o la prisión, el afectado tiene derecho a designar abogado y a solicitar su presencia en el lugar de custodia para que asista al interrogatorio, e igualmente tiene derecho a que se comunique la privación de libertad al familiar o persona que desee, habiendo establecido la doctrina de esta Sala —Sentencias de 23 de noviembre de 1982 y 26 de mayo de 1984— que la aplicación de preceptos de esta naturaleza con rango constitucional, en virtud de lo preceptuado en el artículo 53.1, vincula a todos los poderes públicos, sin que los vicios de forma cometidos en la fase sumarial puedan afectar a nulidad de todas las actuaciones, en cuanto que la fase de instrucción implica una actividad procesal de preparación del juicio, con lo que, de acuerdo con la más apurada técnica jurídica, y en aras de la justicia, los efectos deben circunscribirse a la nulidad del acto en que se realiza la violación de la norma constitucional, con repercusiones a efectos probatorios en la posibilidad de engendrar una violación del derecho de presunción de inocencia si el acto fue la base fundamental de la condena de los procesados, pero

nunca el declarar y retrotraer el proceso al momento de la comisión del quebrantamiento de la norma, máxime si la misma no produce indefensión en el enjuiciado. De conformidad con este precepto los motivos segundos de Luis G. G. y de Baltasar C. G. deben ser desestimados, pues, aunque están articulados por separado, ambos se interponen por entender que se ha infringido el número 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fundamentado en la violación del artículo 17.3 de la Constitución, y esta pretensión no puede ser aceptada, en cuanto que si bien es cierto que se produce la nulidad de la declaración y actos llevados a efecto por la Policía Judicial, también lo es que no ha producido indefensión en los recurrentes y que el derecho de presunción de inocencia no ha sido violado o infringido, por existir otros elementos probatorios, como son el cuerpo del delito y otras declaraciones que han servido de base a la valoración de la prueba para considerarles autores de los delitos por los que han sido condenados.

4. ARTICULO 24.1

TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES

1) S 3 febrero 1984

CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 497)

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra una disposición dictada por el Gobernador civil de Madrid fijando las tarifas para el precio del pan común, el Abogado del Estado alega como causa de inadmisibilidad del recurso el estar pendiente la reposición interpuesta por las empresas panaderas. El Tribunal sentenciador no acoge la causa de inadmisibilidad alegada por considerar el recurso de reposición, en este caso, potestativo, y por tanto desistible.

Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Supremo confirma la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que la apelación deducida por el representante de la Administración Pública no hace otra cosa que reproducir en calidad de motivo de impugnación de la sentencia la inadmisibilidad alegada en la primera instancia, bien que con específica orientación del énfasis fundante de la oposición al trámite del contencioso en la tesis de no ser aplicable al caso la excepción establecida en el artículo 53, apartado e), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, toda vez que el acto administrativo impugnado —fijación de precios de venta al público del pan— es una disposición de carácter general que, por expreso reenvío en el texto legal al supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 1, tan sólo exceptúa de recurso de reposición a las pretensiones jurisdiccionales de entidades representativas y no de particulares administrados como aquí ocurre; doctrina ésta de necesaria matización conforme a las circunstancias de cada caso; en primer lugar, porque ya de suyo es de interpretación restrictiva todo régimen normativo que enerve u obstaculice el derecho ciudadano al Derecho mediante formalismos procesales de aparente fundamento en la seguridad jurídica, pero que el efectivo desequilibrio entre los medios de defensa del administrado y de la Administración traduce en privilegios a favor de ésta que prácticamente implican medidas de control del originario derecho de acceso a los Tribunales para dilucidar el fondo de las pretensiones no sólo conforme a ley, sino también al Derecho, del que aquélla no es más que fuente, como de modo expreso se distingue en el artículo 103 de la Constitución, a cuya luz, y ante la hoy indeclinable necesidad de asegurar la tutela jurídica efectiva proclamada en el artículo 24.1 de dicha Ley Fundamental, preciso es extremar la hermenéutica y praxis restrictivas como principio general en materia de inadmisibilidad de recursos contra los actos de la Administración; en segundo lugar, porque en la propia Ley Jurisdiccional hay suficientes bases para la indicada matización casuística de la

necesidad de previo recurso de reposición en principio y de modo general exigido en su artículo 52, ya que en su artículo 129, inciso 3, se establece la posibilidad de subsanar «a posteriori» el defecto, en este caso inhaccedera, tanto por razón de analogía (art. 4.1 del C. Civ.) en relación con lo dispuesto en el art. 127.2 de aquella Ley, ya que la propia Administración, que en el proceso ha sostenido la íntegra validez del acto impugnado, alienta la presunción de que lo reiteraría de exigirse ahora el recurso de reposición, como por haber dicha apelante consentido en la primera instancia la resolución que no exigió el expresado recurso «a posteriori», una vez denunciada su omisión en el trámite del contencioso ante la Sala Territorial, y en tercer lugar, porque la alegada carencia de recurso de reposición se fundamenta en una extemporaneidad del realmente presentado el 18 de septiembre de 1978 y de dudosa efectividad en su calificación de tardía, ya que la remisión personal de los carteles de nuevas tarifas a las sociedades recurrentes, que se dice hecha el 17 de julio anterior, no contenía los requisitos señalados en el artículo 79.2 de la Ley Procedimental.

2) A. 4 abril 1984 dictado por el Consejo Supremo de Justicia Militar

La Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar manifiesta en este Auto, que contra la resolución de la Autoridad militar que puso fin a un expediente disciplinario, condenando a un Capitán del Ejército a una sanción de privación de libertad, el sancionado puede interponer recurso de queja. Este Auto contiene también las normas provisionales para la tramitación del citado recurso que conlleva como consecuencia la suspensión provisional de la sanción impuesta.

RESULTANDOS: Que por el excelentísimo señor Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar, se remitió escrito dirigido a la Sala de

Justicia, en relación con el dirigido a la Fiscalía Togada por el excelentísimo señor Ministro de Defensa, en el que interesaba se adoptasen las medidas que en derecho procedan en cuanto al escrito que el Defensor del Pueblo dirigió a dicha Autoridad exponiendo la situación del Capitán de Caballería don José Luis P. B., el cual debe cumplir el correctivo de privación de libertad impuesto por la Autoridad Judicial de la III Región Militar, sin que —según se dice— se le haya permitido formular recurso alguno.

Que la Sala de Justicia de 9 de febrero del corriente año acordó se solicitase de la Autoridad Judicial la remisión de las actuaciones que se hayan podido instruir en relación con tales hechos.

Que en fecha 20 siguiente se recibe expediente judicial número 34-V-83 relativo al citado Oficial: En el expediente se acredita que el cumplimiento del correctivo ha sido objeto de suspensión. Así como que por Decreto Auditoriado de 25 de enero de 1983 y Providencia del Juez Togado, Instructor del expediente, fue admitida la asistencia de Abogado en el momento de las declaraciones del citado Capitán, concretamente el Letrado señor Mohedano, derecho que fue utilizado por aquél como consta a los folios 113 y 114 del procedimiento. Asimismo se acredita que la resolución definitiva del expediente se intentó notificar al corregido mediante exhorto, el cual no aparece cumplimentado.

Que la Sala de Justicia en su reunión del día 21 de marzo de 1984 dictó Acuerdo que literalmente transcrita su parte dispositiva dice: ACUERDA que por entender no ha existido indefensión en la tramitación del expediente judicial seguido al mencionado Capitán, dicho expediente debe ser devuelto a la Autoridad remitente para notificación al corregido de la resolución recaída en el mismo a los efectos procedentes. Notifíquese esta Providencia al excelentísimo señor Fiscal Togado.

Que el excelentísimo señor Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar remite de nuevo el expediente a la Sala en el que después de distintos razonamientos solicita que «como aclaración de la resolución recaída que me ha sido notificada, la devolución de las actuaciones a la Autoridad remitente de la III Región Militar lo sea para la previa notificación del correctivo impuesto al interesado, con la precisión de que contra tal resolución puede éste acudir en queja ante esta Sala judicial de sus derechos, si así interesa a la parte y con suspensión, en todo caso, del acuerdo recaído hasta que se resuelva la queja interpuesta, a cuyo efecto fijará la Sala el plazo hábil para su interposición. Que asimismo, el excelentísimo señor Fiscal Togado estima que se presenta a la Sala la oportunidad de desarrollar, de una vez y con carácter general, la doctrina reiteradamente sentada por el Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de la facultad que al militar que ha sido corregido disciplinariamente le corresponde conforme al artículo 17 de la Constitución, de someter a tutela judicial el correctivo impuesto de privación de libertad, para, evitando así que ante la ineficacia del sistema actualmente regulado en el artículo 1.004 del Código de Justicia Militar, que otorga el carácter de firmes a las resoluciones de la Autoridad Judicial con su Auditor, y la confusión que representa la contradicción aparente entre los preceptos del Código Castrense, que son seguidos en algunos supuestos por las jurisdicciones de instancia, y la doctrina constitucional sentada al respecto, por el citado Tribunal, el corregido se vea en la necesidad de buscar equivocadamente el amparo judicial fuera de la Jurisdicción Militar, con detrimento de la atribución que le confiere el artículo 177.5 de la Constitución, por tratarse de una cuestión de ámbito estrictamente castrense.

CONSIDERANDOS: Que el art. 107.6 del Código de Justicia Militar incluye, entre las competencias de la Sala de

Justicia ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, la de conocer de las quejas que se promuevan contra los Tribunales o Autoridades de los Ejércitos, por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes concedan, articulando así un recurso genérico planteado en forma suficientemente amplia que permite la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución, estableciendo un sistema que posibilite la revisión por Organos Jurisdiccionales Militares de las resoluciones adoptadas cuando estimen concurrentes las circunstancias que determinan su utilización, y ello a través de un procedimiento que permite al afectado ejercitar plenamente su derecho a la defensa.

Que conforme a la doctrina reiterada por esta Sala de Justicia en diversas resoluciones que acogen la sentencia por el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias de 15 de junio de 1981, 12 de mayo de 1982 y 11 de mayo y 24 de mayo de 1983, hasta ahora recaídas en materia de derecho disciplinario militar, es evidente que cabe utilizar en este ámbito tal recurso de queja en orden a garantizar eficazmente los derechos e intereses legítimos del afectado, y ello abstracción hecha de la denominación que tal recurso pueda recibir, ya que en tanto aquel Derecho específico, ajustado al valor principal que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen en la institución militar, se desarrolle plenamente, incorporando el sistema de valores y principios constitucionales, resulta totalmente ajustada a Derecho la utilización de los cauces legales existentes que posibiliten el contenido esencial del derecho de defensa, tal y como aparece recogido en el artículo 24 de la Constitución, y ello en tal forma que este derecho no se convierta en mera formalidad, produciendo indefensión, como declara la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.

Que no obstante lo expuesto resulta notorio que la confusión a que antes

se ha hecho mérito resulta patente si se advierte que dicho recurso, con independencia de la sencilla ordenación que efectuó la Circular del entonces Alto Tribunal de Justicia Militar de 21 de noviembre de 1936 («BOE» 38), hoy insuficiente, carece de una regulación precisa y detallada, que conocida por afectados y órganos jurisdiccionales militares, facilite la tramitación rápida y eficaz de tales recursos, en orden a reforzar sus propias garantías de una parte, posibilitando con ello la tutela efectiva jurisdiccional reconocida en el artículo 24 de la Constitución, y de otra, contribuya a que los órganos de la Jurisdicción Militar, en cuya esfera de competencia ha de mantenerse la formación de los expedientes judiciales, sustanciados como pieza procedimental del Derecho Disciplinario Militar, hoy regulado en este aspecto en el Título XXIV del Tratado III del Código de Justicia Militar, como claramente resulta de la terminología empleada en la Reserva 1.ª formulada por España, contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma, de 4 de mayo de 1950.

Que partiendo de la necesidad de regulación del citado recurso, y de acuerdo con los extremos interesados por el Fiscal Togado, es evidente que dentro del Código de Justicia Militar, y en las regulaciones determinadas por la aplicación constitucional existen suficientes bases que mediante la interpretación correcta pueden adecuarse en orden al establecimiento de los trámites previos del recurso de queja, y ello con carácter provisional, en tanto se establezca la normativización definitiva de las vías procedimentales oportunas en la proyectada ordenación del Derecho Disciplinario Militar y ella en garantía de los derechos e intereses legítimos de los afectados, determinada en el artículo 24 de la Constitución.

Que con arreglo a los anteriores razonamientos, esta Sala estima que en

la sustanciación del recurso de queja, deberán seguirse los siguientes trámites:

1.º La resolución adoptada por la Autoridad Judicial, de conformidad con su Auditor, poniendo fin al expediente judicial seguido por falta grave, deberá ser notificada al expedientado de conformidad con lo prevenido en el artículo 496 del Código de Justicia Militar, haciéndole saber que contra ella puede interponer recurso de queja, prevenido en el artículo 107.6.º del mismo Código, dirigido a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, y que puede solicitar asimismo la suspensión de la ejecución del correctivo que se haya impuesto.

2.º El recurso de queja deberá ser presentado ante la indicada Autoridad Judicial, por medio del Juez Instructor, dentro del plazo de cinco días hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación.

3.º La petición razonada de suspensión de la ejecución del correctivo de privación de libertad impuesto podrá deducirse verbalmente en el acto de la notificación —documentándose en ese caso en la misma diligencia— o en escrito separado dirigido a la Autoridad Judicial y presentado ante el Juez Instructor que practique la notificación en plazo que expedirá al día siguiente de la misma.

4.º La Autoridad Judicial ante la que se presente el recurso dirigido a esta Sala de Justicia, o la petición de suspensión de la ejecución, previo dictamen de su Auditor, que deberá evacuarse con la mayor brevedad, adoptará los siguientes acuerdos:

a) Acordará la suspensión provisional de la ejecución del correctivo de privación de libertad, si no existen razones de mantenimiento de la disciplina que aconsejen la inmediata efectividad del correctivo impuesto —que deberán especificarse—, en cuyo caso resolverá sobre el inmediato ingreso del corregido en el establecimiento militar que corresponda.

b) Elevará a la mayor brevedad el recurso, y las actuaciones en su caso

recaldas sobre la petición de la suspensión de la ejecución del correctivo, en unión del dictamen del Auditor, y el expediente judicial incoado, a esta Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, en orden a la resolución del recurso planteado.

5.º En Secretaría de Justicia deberá quedar testimonio de las actuaciones esenciales o copia cotejada, en tanto no se reciban los originales de este Consejo Supremo.

Que la vista de las anteriores consideraciones, resulta oportuno retrotraer las presentes actuaciones al trámite de aprobación de la resolución adoptada en el expediente judicial a que se refieren estas actuaciones y disponer la notificación al expedientado, de conformidad con las normas antecedentes, a los efectos en ellas prevenidos.

FALTA DE CITACIÓN LEGAL DEL RECURRENTE

S 19 junio 1984

LABORAL (Sala 6.ª) (RA 3344)

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por inaplicación del art. 24, párrafo 1.º Ct., al no haber sido citado el recurrente en forma legal.

CONSIDERANDOS: Que el principio de seguridad jurídica, cuyo mantenimiento y aplicación ha informado siempre la función de los Tribunales de Justicia, que por esta Sala ha sido reiteradamente invocado y que según lo expresa la reciente sentencia del T. Const. de 21 mayo 1984 (recurso de amparo 362/83), «como una exigencia objetiva del ordenamiento se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9, núm. 3.º de la Constitución Española», hace primar frente a los restantes el motivo 4.º del presente recurso, como todos amparado adecuadamente en el núm. 1.º del art. 168 de la L. Prob. Lab., que cita como infringido por inaplicación del art. 24, párrafo 1.º, de la propia Consti-

tución y que resulta admisible porque que tal infracción se alega como corolario de la antes y bajo diversos aspectos reiteradamente aducida falta de citación de la recurrente en forma legal, que le ha originado indefensión, situación vitanda que está decisivamente remediada por el derecho fundamental que reconoce el ya dicho precepto constitucional; motivo, además, que engloba y resume los precedente, de tal manera que su resolución entraña a un tiempo la de todos los formalizados, que es lo que entiende el Ministerio Fiscal cuando en su informe manifiesta que deben ser acogidos, en argumentación conjunta.

Que, efectivamente, en la anómala tramitación que han sufrido las actuaciones de instancia, se incurre «ab initio» en defecto tan cualificado cual el de que no consta la entrega a la aseguradora demandada y ahora recurrente de la copia de la demanda, entrega obligada y sin la cual la citación para celebrar los actos de conciliación y juicio no queda hecha en legal forma, según resulta de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 73 de la Ley Pro. Lab.; omisión incluso explicitada en la diligencia que extiende el Secretario, que además no cumple tampoco las exigencias del art. 32 del mismo Texto Procesal y que está obrante al folio 4, defecto éste en el que se reincide en la estampada por el propio fedatario del folio 10, tras la providencia que ordenó nuevo señalamiento.

5. ARTICULO 24.2

DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN FORMULADA

S 28 febrero 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 1670)

Interpuesto recurso de casación por el condenado, en base a haberse infringido el art. 24.2 de la Constitución, que proclama el derecho a ser informado

de la acusación formulada contra uno, el Tribunal Supremo desestima el recurso afirmando que «no puede entenderse que ha sido desconocido el referido derecho por el hecho de que el Tribunal haya condenado por título delictivo distinto del invocado por las acusaciones».

CONSIDERANDOS: Que por tales razones, de ser el objeto del proceso un determinado acaecer histórico, contemplando no su unidad e idoneidad natural, es por lo que pueden las partes variar sus respectivas calificaciones jurídicas formuladas con carácter provisional y, a su vez, el Tribunal desvincularse de las calificaciones de las partes, haciendo la que sea o se estime más conforme a Derecho, sin otras limitaciones que las derivadas de lo dispuesto en el núm. 4 del artículo 851 en relación con el artículo 733 de la Ley Procesal Penal, habiendo declarado este Tribunal, así como el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 23 de noviembre de 1983 (R. T. Const. 195), que el derecho constitucional que se concede a toda persona en el precitado número 2 del artículo 24 a ser informado de la acusación formulada contra ella queda suficientemente cumplido siempre que entre el delito objeto de acusación y el de condena haya homogeneidad o, lo que es lo mismo, no se quebrante el principio de la «identidad del hecho», de modo tal que no puede entenderse que ha sido desconocido el referido derecho por el hecho de que el Tribunal haya condenado por un título delictivo distinto del invocado por las acusaciones, siempre que se respeten los límites anteriormente referidos de no penar por un delito más grave que el que hubiese sido objeto de acusación, salvo que se hubiere hecho uso de la tesis del artículo 733 y que el hecho sobre el que se funde el título *condemnationis* guarde homogeneidad con el que fue objeto de acusación.

Que por todo ello, pues, como lo hizo el Tribunal de instancia fue el

sentar como probado tan sólo parte del acaecer histórico narrado en los escritos de conclusiones, calificando dicha parte como constitutiva de un delito mucho menos grave que los que fueron objeto de acusación, es claro que no se quebrantó precepto legal algo ni se produjo la menor indefensión.

En el mismo sentido la Sentencia del T.S. de 14 diciembre 1984 (RA 6283).

DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

S 15 junio 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 3580)

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por haberse infringido el art. 24.2 de la Constitución, afirmando que la negativa del procesado a declarar en el acto del juicio oral no impide tomar en consideración las declaraciones que anterior y voluntariamente hubiese realizado.

CONSIDERANDO: Que la desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso proceden por la simple consideración de que mal se puede decir que se infringió lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución respecto al derecho del procesado de no declarar, puesto que ante su negativa a hacerlo en el acto del juicio oral, lo único que hizo el Presidente del Tribunal en uso de su perfecto derecho, como es el de que durante el acto del juicio oral se dé lectura por el señor Secretario a los folios sumariales que se estimen oportunos, pues no debe confundirse el derecho a no declarar a la procedencia de tomar en consideración las declaraciones que, anterior y voluntariamente, hubiese prestado el procesado, ya que aceptar tan sorprendente argumento sería tanto como dejar al reo el utilizar los ilícitos procedimientos que tuviese por conveniente para impedir la averiguación de la verdad material y el éxito de la pretensión punitiva cuando ésta debe tenerlo.

DERECHO A NO CONFESARSE CULPABLE

S 12 junio 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 3548)

El Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, afirma el carácter renunciante del derecho a no declararse culpable, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, y su compatibilidad con la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9, núm. 9 C. P.

CONSIDERANDOS: Que es doctrina reiterada de esta Sala la que ha venido insistiendo en que para la operatividad de la circunstancia de arrepentimiento espontáneo que se recoge en el núm. 9 del artículo 9 del C. P. que concurren las circunstancias siguientes: a) un estado de ánimo expresivo de pesar, contrición o reconocimiento de haber obrado mal o temor al castigo, unido al elemento cronológico de manifestarse antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial, movido de impulsos de espontaneidad, y b) que conste, sucesiva o conjuntamente, que el culpable ha procedido a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción en términos tales que se ponga de manifiesto con la suficiente entidad la comisión del delito, culpabilidad y contrición —Sentencias de 28 de enero, 16 de marzo, 3 y 4 de mayo, 1 de junio, 12 de noviembre 12 y 20 de diciembre de 1983 y 18 de enero y 14 y 22 de marzo de 1984.

Que aun cuando el artículo 24.2 de la Constitución reconoce el derecho a todo ciudadano a no declararse culpable, no es menos cierto que este derecho es renunciante y compatible, por consiguiente, con la atenuante que se estudia, con el privilegiado tratamiento penológico que consigo puede comportar en su cualificación o aun en su simple estimativa, siempre que se dé un mínimo de concurrencia de los requisitos que se estudiaron, por lo que

no cabe su estimación cuando el procesado, después de cometidos los hechos, compareció ante la Guardia Civil y dio una versión equivocada de los hechos para exculparse, como se apunta paladinamente en el resultando de hechos probados, con lo que la desestimación del único motivo del recurso resulta evidente e insoslayable.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1) S 2 enero 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 5)

Interpuesto recurso de casación, en base al motivo segundo del artículo 849 L. E. Crim., por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo lo desestima por haberse practicado en la causa una mínima actividad probatoria.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso de casación abre la vía del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para invocar el error en la apreciación de la prueba, señalando al efecto el acto del juicio oral en cuanto es instrumento auténtico para acreditar que no depuso en dicho acto ningún testigo de cargo que identificara al recurrente como autor de los hechos; pero se prescinde, al argumentar a los efectos de la presunción de inocencia establecida en el artículo 24.2 de la Constitución, que también se propuso y se dio por reproducida la prueba documental existente en la causa, y en el sumario constan la declaración de la perjudicada ratificada en la presencia judicial (folios 1, 3 y 27) reconociendo al acusado en persona como autor del hecho pocas horas después de haberlo realizado, el propio acusado admite (folios 9, 15 y 34) que se hallaba en la calle donde se produjo el tirón y salió corriendo al presenciarlo, y, finalmente, en su poder fue habida documentación identificativa a nombre de varios sujetos, lo cual tiene un indudable valor indicativo; todo ello

representa una mínima actividad probatoria que desmonta la presunción de inocencia que favorece al recurrente en su calidad de ciudadano, y sobre aquella pudo operar, con base suficiente, la apreciación del Tribunal de instancia con el resultado que refleja la declaración de hechos probados; procede, por ende, desestimar el motivo interpuesto que ha sido el único admitido.

En el mismo sentido Sentencias T.S. 3 enero 1984 (RA 7), 17 enero 1984 (RA 30), 17 marzo 1984 (RA 2288), 27 marzo 1984 (RA 1866), 3 abril 1984 (RA 2307), 6 abril 1984 (RA 2319), 6 abril 1984 (RA 2322), 13 abril 1984 (RA 2358), 13 abril 1984 (RA 2360), 6 julio 1984 (RA 3824), 26 junio 1984 (RA 3689), 17 septiembre 1984 (RA 4265) y 12 noviembre 1984 (RA 5471).

En cambio, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación por no existir la mínima prueba imprescindible para pronunciar sentencia condenatoria en los siguientes casos: Sentencias 21 febrero 1984 (RA 1152), 28 febrero 1984 (RA 1670), 23 marzo 1984 (RA 1854), 29 marzo 1984 (RA 1873), 27 marzo 1984 (RA 2297), 16 mayo 1984 (RA 2617), 25 septiembre 1984 (RA 2297), 16 mayo 1984 (RA 2617), 25 septiembre 1984 (RA 4284), 26 septiembre 1984 (RA 4287), 22 octubre 1984 (RA 5022) y 14 diciembre 1984 (RA 6549).

2) S 17 enero 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 30)

El Tribunal Supremo, tras reiterar su doctrina de que el cauce procesal adecuado para alegar la infracción del derecho a la presunción de inocencia es el del motivo segundo del art. 849 L. E. Crim., considera, sin embargo, que el error en la elección de la vía adecuada no puede dar lugar a la inadmisión del recurso.

CONSIDERANDO: Que según reiterada doctrina de este Tribunal Supre-

premo el artículo 24.2 de la Constitución española que consagra el principio de presunción de inocencia, tiene cauce procesal adecuado en el número segundo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento, por cuanto ha sido un ensanchamiento de esta vía lo que ha permitido examinar en este recurso extraordinario la existencia de una mínima actividad probatoria en que puede encontrar sustentación y apoyo la apreciación del Tribunal sentenciador, pero también se viene afirmando, y forma parte del cuerpo de doctrina elaborado sobre este punto, que el error de la parte en la elección de la vía no trasciende a la admisión primero y a la estimación después del motivo porque los derechos y libertad reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Carta Constitucional, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 53.1), sin que pueda darse significación obstativa al defecto en su formulación procesal, concretamente el acudir a la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal en el motivo segundo del recurso, si bien la desestimación se impone porque del sumario, que fue prueba documental en el juicio, se desprende que los acusados, cuando efectuaban la salida de España por la aduana de La Juncquera, llevaban y fue descubierto en el automóvil que ocupaban, en el maletero y debajo de la rueda de repuesto, una bolsa de plástico que contenía en su interior un kilogramo de hachís en varios trozos de tabletas envueltos en papel plateado, y a este hecho objetivo se añaden los detalles de su adquisición, al parecer de un desconocido en Málaga por precio de 100.000 pesetas (declaraciones del atestado policial ratificadas, en presencia de Letrado, ante la autoridad judicial), y estos elementos probatorios, abstracción de si la droga aprehendida era para propio consumo o para el tráfico, constituyen el «mínimum» suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia invocada, sin que el destino de la droga —en la intención de los poseedores— pueda

ser objeto de valoración en este trance, como pretende el recurrente, porque todo elemento subjetivo, aunque se inserte en el hecho probado, envuelve una inferencia o juicio axiológico del Tribunal de instancia, que no afecta a la presunción de inocencia y puede ser revisado en casación en un motivo de fondo, como es el interpuesto, con carácter subsidiario, mediante este recurso (Sentencia de 27 mayo 1980).

En el mismo sentido Sentencias T.S. de 6 abril 1984 (RA 2326), 4 junio 1984 (RA 3507), 26 junio 1984 (RA 3689), 2 noviembre 1984 (RA 5423), 12 noviembre 1984 (RA 5471) y 6 diciembre 1984 (RA 6246).

3) S 17 marzo 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 2288)

El Tribunal Supremo afirma que el recurso de casación que se base en la infracción del derecho a la presunción de inocencia no puede fundarse en la errónea apreciación de las pruebas realizada por el Tribunal sentenciador.

CONSIDERANDO: Finalmente, que la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución sólo es prosperable en aquellos casos en que se haya proferido sentencia condenatoria contra los reos de cualquier delito sin la existencia de pruebas inculpatórias que muestren que dichos reos intervinieron o participaron en alguna forma en su ejecución o realización, pero no sirve, si esas pruebas existen, para valorarlas de nuevo en distinta manera a como lo hizo el Tribunal sentenciador, o para impugnar la resolución que se reclame a pretexto de que no pudieron practicarse las pruebas ofrecidas por los defensores de los procesados por denegación de las mismas por parte de la Audiencia juzgadora en base a que fueron propuestas fuera de plazo o por estimarlas inadecuadas o innecesarias, ya que tanta una como otra pretensión tienen vía

de recurso distinta a la que se ha seguido, como son la del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim. la primera, o sea, aduciendo error de hecho en la apreciación de la prueba dimanante de documento auténtico obrante en la causa que evidencie aquel error, y la del núm. 1.º del artículo 850 de dicha Ley procesal, la segunda, combatiendo la decisión denegatoria de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes se considere pertinente, y como el presente motivo —tercero del recurso— se fundamenta precisamente en esto, es decir, en que la Sala sentenciadora ha interpretado erróneamente, de un lado la prueba practicada, y en que no ha sido posible de otro llevar a cabo distintas diligencias de prueba que se ofrecieron a los juzgadores de instancia porque éstos las denegaron, es claro que, con tales planteamientos, el motivo no puede prosperar, porque ha sido interpuesto para mantener una tesis impropia, por ajena, a la presunción de inocencia constitucionalmente proclamada.

En el mismo sentido Sentencias T.S. 4 junio 1984 (RA 3509) y 26 junio 1984 (RA 3689).

4) S 21 marzo 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 1843)

El Tribunal Supremo declara que la presunción de inocencia sólo se refiere a los hechos integrantes de la infracción sobre la que verse el proceso, y no alcanza a los conceptos o juicios de valor que puede formular el tribunal de instancia en base a los hechos probados.

CONSIDERANDOS: Que en el quinto de los motivos del recurso el recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Constitución, con fundamento en que de los autos no aparece la actividad probatoria suficiente para dar por acreditada la concurrencia del *animus no-*

candi, pero al razonar así, el recurrente olvida que la presunción de inocencia viene referida a los hechos integrantes de la infracción de que se trate, pero no a los conceptos o juicios de valor que con base en los hechos probados pueda formular el Tribunal de instancia, como es el relativo al elemento intencional que, como tal, no es apreciable por los sentidos y se ha de deducir de los hechos externamente perceptibles, lo que entra dentro de las facultades del Tribunal de instancia, aunque el juicio que al efecto emitan sea revisable en casación, lo que se puede hacer a través del correspondiente motivo, como así lo hace el recurrente por medio de uno de los que formula a continuación del segundo, que por lo dicho debe ser desestimado.

Que siendo lo normal, según nos enseña el modo corriente de suceder las cosas, que un disparo hecho con una escopeta del calibre doce, dirigiéndola a órganos tan vitales del cuerpo humano como son el pecho y la cabeza, produzca como consecuencia la muerte de quien lo recibe, forzosamente se ha de estimar que quien así obró lo hizo con dolo homicida, bien sea directo o de primer grado, o, en todo caso, eventual (...).

En el mismo sentido Sentencias T.S. de 17 enero 1984 (RA 30) y 2 marzo 1984 (RA 1675).

5) S 27 marzo 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 2296)

El Tribunal Supremo reitera su doctrina de que el derecho a la presunción de inocencia no impide a los Tribunales apreciar libremente y en conciencia las pruebas practicadas, de conformidad con la facultad que le otorga el art. 741 L. E. Crim.

CONSIDERANDO: Que conforme a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, según doctrina declarada en numerosas resoluciones, entre otras, en

las que llevan fecha 26 enero, 14 marzo, 6 y 22 abril y 12 julio 1983, la presunción de inocencia proclamada en el artículo 24 de la Constitución Española no invalida la facultad soberana de los Tribunales para contemplar y valorar en conciencia el conjunto probatorio que le otorga el art. 741 de la L. E. Crim., limitándose el alcance de dicha presunción, que es de naturaleza «iuris tantum», no a aquellos casos en que en los autos se halle reflejada un mínimo de actividad probatoria, sino a la total ausencia de prueba, de acreditamientos, puesto que mal se puede valorar lo que no existe, y ese mínimo de actividad probatoria, contra lo alegado por el recurrente, está superada con amplitud en el caso enjuiciado, así aparecen las declaraciones prestadas por los también procesados Pedro Antonio C. y Manuel C., tanto ante las fuerzas instructoras del atestado como en su ratificación ante el Juzgado Instructor del sumario y demás testigos de los hechos, lugar en que fueron ocupados los dos vehículos que trajeron los procesados desde Tarragona a Badajoz, informes policiales sobre los procesados y todo el conjunto probatorio y cuantos datos llevan subjetivamente a valorar en conciencia todo ese conjunto probatorio, lo que conduce a desestimar el primer motivo del recurso del procesado Antonio L., en el que al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., denuncia la infracción del art. 24.2 de la Constitución.

En el mismo sentido Sentencias T.S. 3 abril 1984 (RA 2307), 6 abril 1984 (RA 2319), 13 abril 1984 (RA 2358), 13 abril 1984 (RA 2360), 4 junio 1984 (RA 3507), 25 junio 1984 (RA 3678), 6 julio 1984 (RA 3824), 17 septiembre 1984 (RA 4265), 12 noviembre 1984 (RA 5471), 6 diciembre 1984 (RA 6246).

6) S 27 marzo 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 2297)

El Tribunal Supremo declara que su competencia al conocer del recurso de

casación por infracción del derecho a la presunción de inocencia, si bien le impide valorar nuevamente las pruebas practicadas, le permite analizarlas para confrontarlas con aquel derecho.

CONSIDERANDO: Que reiterando, una vez más, la doctrina de esta Sala en torno al principio de presunción de inocencia consagrado constitucionalmente en el art. 24.2 conviene resaltar que, aun cuando no se trata de sustituir al Tribunal de instancia en orden a la valoración de las pruebas, sí se persigue examinar el medio o medios de prueba arbitrados y su posible confrontación con aquel principio que, hoy por hoy, sólo encuentra valladar cuando exista una actividad probatoria seria, fiable y eficiente, cuidando siempre de no convertir la casación en una segunda instancia, pero sí arbitrando una acción de seguimiento que, al menos, busque los delineamientos generales de la presunción de inocencia o del juicio de culpabilidad y sólo adentrarse en conclusiones probatorias cuando éstas fueren concluyentes y, en aras de un principio elemental de justicia material, obliguen a analizar, en cierta medida y con algún comedimiento, las pruebas practicadas para alcanzar una u otra solución, que sólo podrá obtenerse mediante un examen de las actuaciones originales y una lectura de las actuaciones que marquen el sendero de la culpabilidad o deriven por el de la inocencia.

7). S.7 abril 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 2333)

El Tribunal Supremo establece en esta sentencia las vías a través de las que la infracción del derecho a la presunción de inocencia puede tener acceso a la casación.

CONSIDERANDO: Que el principio constitucional de la presunción de inocencia, proclamado «in fine» por el artículo 24.2 de la vigente Constitución,

va referido exclusivamente como ha proklamado esta Sala a las cuestiones de hecho o de índole probatorio y dado el carácter vinculante del precepto, según el art. 53.3 de la propia Ley, de que las garantías y derechos fundamentales que la misma regula, vinculan a todos los poderes públicos y expresamente «a la práctica judicial», puede tener acceso a la consideración casacional, por tres vías fundamentales: 1.ª Como indefensión del procesado, en los casos contemplados en los arts. 850 y 851 de la L. E. Crim., puesto que al no poder defenderse el reo, no puede acreditar su inocencia, restándole a ésta las garantías legales que la protegen. 2.ª A través del art. 849.2.º de la L. E. Crim., mediante el señalamiento de documentos auténticos que prueban el error del Tribunal en la apreciación de una prueba que realmente no ha existido, calificada, con indudable acierto por el Tribunal Constitucional de que al menos exista «una mínima actividad probatoria, con garantías procesales» para pronunciarse sobre la culpabilidad de los procesados. 3.ª A través del art. 849.1.º de la L. E. Crim., en relación con algún precepto sustantivo penal, tendente a probar la falta de participación de los inculcados en determinado delito cometido, lo que obliga a esta Sala a hacer uso del art. 899 de la propia Ley citada, examinando las actuaciones judiciales y atribuyéndoles el carácter de documentos auténticos, al menos desde el punto de vista formal o extrínseco a aquéllas, a fin de dar el carácter preeminente al principio constitucional, aunque bien se advierte que el cauce más adecuado, en el orden procesal, es el segundo de los indicados, porque la tercera vía, aunque válida en atención al principio supremo constitucional, distorsiona el verdadero sentido de la presunción de inocencia, intentando enlazarlo con la interpretación de las leyes, que es misión propia y específica de Jueces y Tribunales, según se deduce del art. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 117. 3.º de nuestra Constitución. (Ver SS. de 26 no-

vembre y 27 diciembre 1982, 26 enero, 10 y 21 noviembre 1983 y 24 mayo 1983, que cita otras muchas, en relación con las de 28 julio 1981 y 26 julio 1982 del Tribunal Constitucional.)

8) S.21 septiembre 1984

LABORAL (Sala 6.ª) (RA 4451)

El Tribunal Supremo, si bien reconoce la vigencia en el proceso laboral del derecho a la presunción de inocencia, desestima el recurso interpuesto por haberse practicado en la causa una actividad probatoria de cargo.

CONSIDERANDO: Que de los motivos amparados procesalmente en el núm. 1 del artículo 167 de la Ley Procesal Laboral, acusa el séptimo violación del artículo 24.2 de la Constitución en lo referente a la presunción de inocencia; no es de estimar el motivo, pues según doctrina del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia es *iuris tantum* y cuando en la instancia se produce actividad probatoria, cuyo resultado se aprecia por el Juez en uso de su libertad de apreciaciones como expresivo de la culpabilidad del antes presunto inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho al quedar destruida la presunción por prueba en contrario; el que no coincida la valoración realizada por el Juzgador con la del recurrente no significa desconocimiento de la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española —Sentencia 36/83, de 11 de mayo, del Tribunal Constitucional y en el mismo sentido la 55/82, de 26 de julio—; por otro lado, la Sentencia de la Sala de 18 de noviembre de 1982 señaló que no se desconoce la presunción del artículo 24.2 de la Constitución Española cuando el desarrollo del proceso fue correcto, no se combaten los hechos probados —en el supuesto de autos se combaten sin éxito— y la conclusión es adecuada a ello; como con acierto dice el Ministerio Fiscal, la prueba producida en autos fue comple-

ta y con plena garantía, mientras que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1981, citada en el recurso, se refiere a un caso en que la única prueba consistía en la confesión del inculcado en el atestado policial, supuesto que nada tiene que ver con el de autos.

6. ARTICULO 25.1

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONADORA

S.7 diciembre 1984

PENAL (Sala 2.ª) (RA 6249)

El Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, afirma que las facultades discrecionales que las leyes penales conceden a los Tribunales para la imposición de la pena señalada al delito no contradice el principio de legalidad penal.

TERCER CONSIDERANDO: Que el tercer motivo se articula por entender que en la sentencia se ha infringido la Constitución en su artículo 25.1, que recoge el principio de legalidad penal, al determinar que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta o infracción administrativa», según la legislación vigente en aquel momento, que a su vez está basado en el *nullum crimen nulla poena sine lege*, y se fundamenta en que las disposiciones del Código Penal referente a que «los Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso, características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada», es contrario al principio de legalidad de carácter constitucional, argumentación o razonamiento que no puede ser aceptado, porque, aunque la normativa penal conceda facultades discrecionales a los Tribunales para la imposición de la pena que señala al delito, no implica ataque al-

guno a la legalidad, porque ésta se cumple a través de la tipificación de las conductas en el articulado del Código, sin que la fijación de la pena concreta en cada caso pueda significar la violación de la legalidad, puesto que el crimen y la pena vienen fijados previamente, y únicamente su extensión es la que queda al arbitrio del Tribunal, de conformidad con los condicionamientos que el mismo precepto fija. Por todo ello, el tercer y último motivo debe igualmente desestimarse, porque, como acabamos de ver, se articula de acuerdo con los preceptos examinados, y su fundamentación no puede ser aceptada.

7. ARTICULO 117.5

JURISDICCION MILITAR EN EL AMBITO ESTRICTAMENTE CASTRENSE

A. 11 enero 1984

PENAL (Sala 2.^a) (RA 14)

El Tribunal Supremo atribuye a la jurisdicción ordinaria competencia para conocer del delito —o la falta— de imprudencia cometida por un soldado del Ejército del Aire cuando conducía una furgoneta perteneciente a dicho Ejército.

CONSIDERANDOS: Que en materia de conflictos de competencia, entre la Jurisdicción Ordinaria y la Castrense, imperan dos grandes principios, que han de recordarse, a la hora de resolver la presente cuestión. El primero de ellos, contenido en los artículos 10 y 11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: El conocimiento de las causas y juicios criminales corresponde a la jurisdicción ordinaria, con las excepciones establecidas por las leyes en favor de las jurisdicciones especiales, reforzado modernamente por la Constitución, en su artículo 117.5, con el principio de «unidad jurisdiccional» que claramente alude a la ordinaria, puesto que añade que la Ley regulado-

ra el ejercicio de la jurisdicción militar en el «ámbito estrictamente castrense». El segundo principio está contenido en los artículos 13 y siguientes del Código de Justicia Militar vigente, reformado por la Ley de 6 de noviembre de 1980, que igualmente atribuye la competencia de la Jurisdicción Ordinaria para conocer en los delitos de naturaleza común, a menos que afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas.

Que las excepciones a este principio general vienen dadas en el mismo Código de Justicia Militar, por razón del delito —que sea específicamente militar—; por razón del lugar —cometidos en cuarteles, campamentos, buques, arsenales, aguas territoriales de soberanía española—; y por razón de la persona, contra militares, en activo o en reserva, alumnos de Academias militares, prisioneros de guerra, etc.

Que tanto aquellos principios generales, como estas excepciones, han sido recogidos de manera constante y uniforme, por la doctrina de esta Sala de competencia, en innumerables sentencias, de las cuales, por citar las más recientes, una vez entrada en vigor la reforma del Código de Justicia Militar, merecen destacarse las resoluciones de 7 de abril de 1981, 14 de julio de 1982, 26 de abril, 4 de mayo y 15 de junio de 1983.

Que aplicados aquellos criterios legales y jurisprudenciales al caso que nos ocupa, si un soldado del Ejército del Aire conduce una furgoneta perteneciente a dicho Ejército y al ver correctamente detenido un ciclomotor, en una carretera local, y a su lado una mujer, por cierto ya anciana, hace uso del freno, atropella a la misma, desvía su dirección, choca contra un turismo que venía en dirección contraria, ocasionando heridas a Manuela N. —que así se llama la mujer atropellada— y desperfectos en el turismo y en la propia furgoneta que él conduce, es indudable que —sin perjuicio de una poste-

rior exacta calificación— nos encontramos ante una conducta imprudente y por tanto ante un delito —o falta— de imprudencia, cuya naturaleza es común y que no afecta al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, ni al decoro de sus clases y, por tanto, el conflicto suscitado entre el General Jefe de la Segunda Región Aérea y el Juzgado de Distrito núm. 1 de Jerez de la Frontera debe resolverse en favor de éste, representante de la Jurisdicción Ordinaria.

8. ARTICULO 120.3

MOTIVACION DE SENTENCIAS

S 10 abril 1984

CIVIL (Sala 1.^a) (RA 1955)

Interpuesto recurso de casación por falta de motivación de la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo desestima el recurso afirmando que la parquedad o brevedad en el razonamiento de la sentencia no infringe el artículo 120.3 Ct.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia en su último considerando aprecia «la temeridad de la socie-

dad recurrente a efectos de imposición de costas causadas en alzada» y esta imposición es atacada en el último motivo apoyado en el ordinal primero del repetido art. 1.692 de la Ley procesal, por entender el aquí recurrente que infringe, en el concepto de violación, el art. 120.3 de la Constitución en el particular del mismo que dispone que «las sentencias serán siempre motivadas...»; motivo que no puede correr mejor suerte que los anteriores, pues aunque es cierto que la motivación es una exigencia formal de las resoluciones judiciales de tal naturaleza, no sólo por imponerla dicha Ley Fundamental, sino, también, por imperativo del artículo 372 de la Ley Procesal Civil, en cuanto todo pronunciamiento debe expresar las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, no es menos cierto que la parquedad o brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación, siempre que, como en el presente caso ocurre, de los considerandos de la sentencia impugnada se desprendan los presupuestos de hecho que sirvan para calificar de temeraria la conducta del apelante al recurrir de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, ello, claro es, con independencia de si dicha calificación es o no correcta, pues tal cuestión no ha sido planteada.

RECENSIONES

GREIF, Jaime, *Los procesos sumarios*, Montevideo (Fundación de Cultura Universitaria, 25 de mayo, 568), 1983 183 págs.

Jaime Greif, profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Consejo de Dirección de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, intenta en esta revisión de su tesis dar una visión general de los procesos sumarios y a lo largo de los nueve capítulos de la obra construir el juicio sumario tipo.

Comienza el autor señalando la nota distintiva de este tipo de juicios: la brevedad, bien por razones prácticas o técnicas, lo que provoca la gran cantidad y variedad de estos procesos (cap. III, págs. 17 a 23).

De la contraposición proceso sumario/proceso, analizando este último, y según las diferentes posturas doctrinales que lo entienden como insatisfacción, como conflicto de intereses o como pretensión, concluye Greif que el proceso sumario es un proceso no solemne dentro de los procesos extraordinarios.

En el capítulo IV (págs. 28 a 31) afirma la proporción entre evidencia y estructura (a mayor evidencia proceso más simple); y entre evidencia y eficacia, añadiendo que los modos de lograr nuevas estructuras se consiguen mediante la abreviación de los plazos, supresión de actos inútiles, sustanciación verbal, reducción de instancias y la eventual supresión del contradictorio. Existe pues una adecuación o disminución de los principios generales del proceso por la especial estructura del proceso sumario. Continúa con el estudio de su función y en concreto de su finalidad de la que dice no ofrecer características especiales, existiendo así juicios sumarios de conocimiento y juicios sumarios de ejecución.

Mención especial merece el capítulo dedicado a la clasificación (págs. 51 a 54) por la claridad de su exposición. Los procesos civiles especiales se subclasifican en atención a razones cuantitativas y cualitativas con diferencias entre ambas muy importantes (carácter preceptivo o facultativo; abreviación de los trámites o recortamiento del problema; autoridad de cosa juzgada material o posibilidad de juicio declarativo ulterior). Hay una preferencia de los procesos especiales sobre los ordinarios. Después deberá distinguirse entre ordinarios y sumarios, y estos últimos entre cualitativos y cuantitativos según la cuantía y fehaciencia. Es una «suma divisio» fundada en la abreviación.

Respecto a la interpretación (cap. VII, págs. 55 a 74) en los procesos abreviados deben de respetarse las garantías constitucionales. En cuanto a las reglas generales sobre procedimiento no hay especiales características respecto

al procedimiento ordinario salvo disposición legal expresa y una salvedad en materia de excepciones pues deben oponerse conjuntamente. Cuestiones como tercerías, juicio arbitral y contienda de competencia funcional igual que en el ordinario, con especialidades en los incidentes (admisibles cuando no suspendan el curso del juicio principal) y no admitiéndose la acumulación de autos.

Cifándose al Derecho uruguayo en el capítulo VIII (págs. 77 a 128) clasifica los procedimientos sumarios en plenarios, caracterizados por su escasa cuantía y abreviación e incluso supresión de trámites; y los sumarios propiamente dichos. Con una especial referencia a los juicios posesorios que en el Código Procesal Civil no se encuadran dentro de ningún tipo, pero que puede decirse que son especiales por la situación que protegen y su estructura. Analiza posteriormente las acciones cuasiposesorias, juicios concretos: deslinde, desalojo, etc., y los llamados juicios sumarios especiales en los que se persigue el cumplimiento de obligaciones de entregar bienes determinados y fehacientemente documentados.

Como culminación de los capítulos anteriores construye Greif el juicio sumario tipo, caracterizado por la reducción de plazos y términos con lo que se logra un menor tiempo, la escasa cuantía y la fehaciencia. También existen procesos abreviados variantes del ordinario que pueden ser ordenados en torno a un módulo común: el proceso abreviado típico que no contiene grandes diferencias con el sumario tipo. El camino a seguir es construir un único procedimiento sumario abreviado (págs. 34 a 143).

Concluye la obra con cuatro apéndices dedicados al juicio de desalojo, al proceso de revisión de precios de arrendamientos, al proceso laboral uruguayo y al alcance de la cosa juzgada en los procesos sumarios propiamente dichos. Singular atención presta al último de ellos donde tras el análisis de la doctrina concluye que la sentencia dictada es imperativa (cosa juzgada material) pero no inmutable, pues existe la posibilidad de posterior juicio ordinario e incluso en ocasiones sumario.

FERMIN SAEZ LAHOZ

VACCARELLA, Romano, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, UTET, Torino, 1983, XII-304 págs.

Dentro de la colección dirigida por el prof. PROTO PISANI «Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile» se presenta la obra del prof. VACCARELLA.

El autor se enfrenta en este libro con algunos de los grandes temas que comprende la ejecución jurisdiccional en el marco del derecho procesal civil italiano. El título ejecutivo, el «precetto», la oposición a la ejecución, la oposición a los actos ejecutivos, la oposición de tercero a la ejecución y la suspensión de la ejecución son las materias que analiza a lo largo de su estudio.

Las primeras noventa y seis páginas, bajo el título de «Introduzione: L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo», las destina a perfilar la noción de título ejecutivo y la relación que existe entre el título ejecutivo y la ejecución misma. Analiza la evolución sufrida por el concepto de título ejecutivo y la influencia que ello ha ejercido en la propia noción de ejecución.

El capítulo primero lo dedica al título ejecutivo, en veintidós subapartados desgrana el contenido, requisitos y problemas que comporta esta materia. Entre otros puntos analiza la exigencia de que el título exista en el momento del inicio de la ejecución, la ejecución sin título ejecutivo, los títulos ejecutivos extrajudiciales o la eficacia del título ejecutivo frente a terceros.

El «precetto» es el objeto del capítulo segundo. Sobre la función de la intimación al pago señala que a diferencia de la notificación del título ejecutivo, advierte al deudor del hecho que el acreedor quiere abrir el proceso ejecutivo, así como del contenido de la obligación actual que puede ser distinta de la contenida en el título ejecutivo. Junto a la función del «precetto» estudia también su naturaleza jurídica, contenido y demás circunstancias conexas con esta figura.

La oposición a la ejecución de la que dice que es un juicio declarativo que se inserta en un proceso, como el de ejecución, caracterizado por la ausencia de contradictorio, ocupa el tercer capítulo. Su naturaleza jurídica, la distinción entre esta figura y la oposición a los actos ejecutivos, los motivos de oposición e incluso la oposición a la ejecución en el ámbito laboral son algunos de los muchos temas que se tratan en este capítulo.

El capítulo cuarto está destinado a la oposición a los actos ejecutivos, es decir, la oposición fundada en la irregularidad de los actos que componen el procedimiento ejecutivo. De los subapartados en que se divide este capítulo, el primero se ocupa de la naturaleza jurídica y función de esta institución procesal, el segundo, tercero y cuarto de los motivos de oposición, el quinto de su concurrencia con otros remedios, y así hasta catorce a lo largo de los que se analiza pormenorizadamente esta figura. Señala VACCARELLA que al igual como sucedía con la oposición a la ejecución, la oposición a los actos ejecutivos se estructura como un juicio declarativo autónomo dirigido a revisar la corrección de la ejecución.

La oposición de tercero a la ejecución se estudia en el capítulo quinto. Al igual que en los otros temas se analiza ampliamente todos los puntos que interesan a esta institución, entre otros cabe señalar la determinación de su función y de su ámbito de aplicación, entendiéndose que cabe incluso en la ejecución específica, el derecho oponible por el tercero, la legitimación pasiva, la competencia o la oposición tardía.

El sexto y último capítulo lo dedica a la suspensión de la ejecución tema estrechamente ligado a los distintos supuestos de oposición a la actividad ejecutiva. Señala que la suspensión de que se ocupa el artículo 623 del Código de Procedimiento Civil italiano, así como los demás artículos que hacen referencia a esta figura responden a la necesidad de coordinar la ejecución con un proceso declarativo. Estudia en este capítulo los supuestos de suspensión de la ejecución, el procedimiento para obtenerla, los efectos que produce y la reanudación del proceso ejecutivo suspendido.

En esta obra se entremezclan adecuadamente las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia al objeto de conseguir un equilibrio que permita conocer tanto en el aspecto dogmático como práctico cada una de las instituciones que son objeto de estudio.

J. FRANCO

MÖLLRING, Eva, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Südamerika*, WiRe Verlagsbuchhandlung GmbH, Göttingen, 1985, 172 págs.

El reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en los países de América del Sur constituye la temática de esta tesis doctoral, publicada en forma de libro —y con gran acierto— debido a la gran utilidad práctica de una materia que resulta cada día más habitual en los despachos profesionales y que, sin embargo, es demasiado poco conocida.

El trabajo está dividido en tres partes. La primera parte trata de los fundamentos del reconocimiento y de la ejecución de sentencias extranjeras. La segunda parte tiene por objeto los distintos presupuestos para el otorgamiento del exequatur. Se estudian exhaustivamente y a modo de comparación las distintas regulaciones en todos y cada uno de los diez Estados sudamericanos. Termina el trabajo con la parte tercera, dedicada a los aspectos procedimentales del exequatur en cada una de las diez legislaciones, y se ocupa asimismo de los efectos que en cada caso tiene la declaración judicial de reconocimiento. Todo ello respecto de sentencias en el ámbito del Derecho civil, de la Jurisdicción voluntaria y de laudos arbitrales.

Para la elaboración de su tesis, la autora ha utilizado tanto la bibliografía alemana como la sudamericana en los idiomas español y portugués, prueba de ello da el extenso número de notas bibliográficas, sin olvidar la cita de abundante Jurisprudencia.

Se incluyen como Anexo los textos legales en su idioma original junto con la traducción al alemán.

En resumen, se trata de un valioso estudio en el campo del Derecho Procesal Civil Internacional que reúne además la gran ventaja de abarcar las legislaciones de diez países que, si bien se rigen por derechos semejantes debido a su entronque último con el Derecho español, no obstante se distinguen en importantes detalles, a tener en cuenta.

URSULA VESTWEBER

Das japanische BGB in deutscher Sprache, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, 189 págs.

Dentro de la serie de volúmenes que la editorial Carl Heymanns Verlag KG publica en alemán sobre derecho japonés y que ya se dio a conocer en esta sección (vid. JUSTICIA 84, n.º III, p. 726), ha aparecido con el n.º 15 el Código Civil japonés, traducido al alemán por el Prof. Dr. Akira Ishikawa y el Letrado D. Ingo Leetsch, LL. M., continuando así la valiosa labor de facilitar el acercamiento y fomentar la comprensión del ordenamiento jurídico japonés, que si bien tiene gran parte de sus raíces en el ordenamiento alemán —como ocurre también con el código civil—, no obstante y lógicamente ha de diferir en el contenido de sus conceptos por reflejar un entorno socio-económico muy distinto.

URSULA VESTWEBER

SCHAAFF, Petra, *Discovery und andere Mittel der Sachverhaltsaufklärung im englischen Pre-Trial-Verfahren im Vergleich zum deutschen Zivilprozess*, Duncker & Humblot, Berlín, Band 80 Schriften zum Prozessrecht, 1983, 198 págs.

En un estudio comparativo entre el derecho anglosajón y el derecho alemán, este libro nos expone las diferencias y dificultades que en materia procesal se derivan de la distinta regulación de una misma materia en dos ordenamientos esencialmente distintos pero llamados a interrelacionarse.

La autora efectúa un exhaustivo estudio, incluyendo los aspectos de la evolución histórica, de la figura anglosajona del «discovery» como medio para determinar los hechos en un procedimiento de los llamados «pre-trial», para posteriormente comparar la figura con la solución que el Derecho alemán prevé con esta misma finalidad de aclarar los hechos en un procedimiento civil. Como resultado de esta labor comparativa, Petra Schaff llega a la conclusión de que las —a primera vista— grandes diferencias entre los dos sistemas jurídicos no son tales y que existen múltiples analogías que permiten hacer viable y efectivo el auxilio judicial que el Juez inglés pueda pedir a una autoridad judicial alemana.

He aquí la excelente labor de una jurista que a través de un minucioso análisis de las diferencias de dos sistemas y de su comparación bajo un enfoque teleológico, llega a encontrar los elementos comunes, consciente de que el Derecho es un instrumento para regular la vida y convivencia social y económica de las personas dentro y más allá de las fronteras de todo Estado.

URSULA VESTWEBER

ARNOLD/HAECKER, *Die Befreiung von der Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*, Antragsformulare mit Erläuterungen, Sonderausgabe aus Formularkommentar, Band 5: Familienrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, 54 págs.

Este libro, de contenido eminentemente práctico, comenta los trámites administrativos que en la República Federal de Alemania deben ser cumplidos en materia de derecho matrimonial, cuando una de las partes es de nacionalidad extranjera, especialmente en los casos en que se trata de acreditar la soltería o la existencia de un anterior matrimonio, disuelto por sentencia judicial firme de un Tribunal extranjero, o en materia de reconocimiento de otras decisiones judiciales en materia de familia.

El gran número de trabajadores extranjeros residentes en Alemania, ha dado lugar a graves problemas y situaciones conflictivas en materia de derecho de familia, de los que es muy consciente la Administración alemana habiendo editado folletos aclaratorios sobre diversos aspectos ante todo en materia de celebración de matrimonios con súbditos de países de derecho islámico.

Todos estos aspectos se recogen en este libro en extensas y detalladas notas para cada caso concreto.

En resumen, se trata de un comentario que en pocas páginas encierra una gran utilidad práctica.

URSULA VESTWEBER

SCHWEITZER/HUMMER, *Europarecht*, 2., erw. Auflage, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. Main, 1985, 360 págs. (Juristische Lernbücher, Band 16).

España ya forma parte de las Comunidades Europeas, y los juristas estamos llamados a profundizar en una nueva disciplina, el Derecho Europeo o Derecho Comunitario. Una excelente obra, el tomo 16 de la serie de manuales jurídicos (Juristische Lernbücher) de la editorial Alfred Metzner, será de gran utilidad para todos los que, animados por el deseo de conocer con detalle las instituciones y el derecho de las Comunidades Europeas, buscan un manual práctico, de rigor científico, de estructura clara que abarque la temática en su totalidad.

Los autores de este magnífico manual son los prestigiosos catedráticos de la universidad alemana de Passau, Prof. Dr. iur Michael SCHWEITZER y el Prof. Dr. iur, Dr. rer. pol. Dr. phil. Waldemar HUMMER de la Universidad de Innsbruck, Austria, y la obra aparece ahora ya en su segunda edición. Abarca en profundidad tanto los aspectos institucionales de las tres Comunidades Europeas como asimismo el derecho material de la Comunidad Económica Europea y se dirige principalmente a estudiantes de las Facultades de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, de ahí que su concepción didáctica haya sido particularmente cuidada por sus autores y merece especial mención por su claridad y excelente estructuración.

El libro se encuentra dividido en 9 párrafos, de los cuales 8 se ocupan de temas institucionales, y el último, pero muy extenso párrafo, trata del derecho material de la CEE en forma de comentarios al articulado del Tratado de Roma con indicación y citación de la jurisprudencia relevante del Tribunal de las Comunidades Europeas. Cada capítulo termina con unas preguntas que resumen la materia tratada (encontrándose al final del libro las correspondientes respuestas) y una indicación bibliográfica exhaustiva que, sin embargo, se circunscribe principalmente a las obras en idioma alemán.

Como complemento a este manual, los autores han publicado un libro de texto que recopila la legislación comunitaria (Textbuch zum Europarecht, 2. Aufl., Verlag V. Florentz, München, 1984) y un libro de casos prácticos (Übungsbuch zum Europarecht, R. G. Fischer Verlag, Frankfurt, 1981).

Resumiendo, debemos decir que estamos ante una obra que resalta por su valor didáctico y su rigor científico y que resulta de obligada lectura para todos quienes aspiran a dominar la materia del Derecho Comunitario como una disciplina recién incorporada también en nuestro ordenamiento español.

No queremos dejar de indicar que esta obra se está traduciendo al castellano en Buenos Aires, y su publicación se espera para la segunda mitad de 1986. El libro contendrá un triple anexo: (1) La integración económica en

América Latina y en el Caribe; (2) Las relaciones entre América Latina y las Comunidades Europeas, y (3) Texto del Tratado de Roma. Edita el Colegio Notarial Argentino.

URSULA VESTWEBER

STUMPF, H., *Internationales Handelsvertreterrecht*, Teil 2-4. Auflage, Bearbeitet von G. Fichna und J. Dircks; Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1986, 504 págs.

Conocer el Derecho aplicable a los representantes de comercio en los distintos países del mundo constituye, muchas veces, un instrumento indispensable para el empresario o la sociedad que quieren abrir nuevos mercados fuera de sus países de origen, siendo para ello la institución del representante de comercio la solución idónea. Pero planteada la cuestión en estos términos, el empresario se encontrará con una regulación legal que, lejos de ser uniforme, destaca casi siempre por ser extremadamente compleja por la existencia de abundantes disposiciones administrativas de obligada observancia.

Los autores y publicadores de esta obra, que aparece ahora ya en su cuarta edición ampliada —prueba elocuente de su éxito— son Abogados en ejercicio —Dr. D. Herbert Stumpf y D.^a Gudrun Fichna, ambos de Francfort/M y D. Jürgen Dircks, de Colonia— han reunido la legislación aplicable a los agentes de comercio en más de cien países del mundo —entre ellos también España—, aplicando al informe sobre cada país la siguiente sistemática para tratar el tema:

- Fuentes del Derecho (con inclusión de las disposiciones administrativas allí donde cobran especial relevancia).
- Concepto del representante de comercio.
- Contratación.
- Obligaciones del representante de comercio.
- Obligaciones del empresario.
- Posición del representante de comercio frente a los clientes.
- Disposiciones de derecho necesario.
- Derecho aplicable.
- Cuestiones procesales.
- Disposiciones administrativas.

Según se desprende del enunciado de las cuestiones tratadas, he aquí una valiosísima ayuda para todos los prácticos del Derecho a la hora de redactar contratos, construir cláusulas de jurisdicción o recoger simplemente información y adquirir conocimientos del Derecho aplicable a esta figura en otros países.

El presente tomo es el segundo de los dos que constituyen la obra **EL DERECHO INTERNACIONAL DEL REPRESENTANTE DE COMERCIO** y está dedicado exclusivamente a la regulación legal en los distintos países del mundo. Para 1987 se anuncia la sexta edición del primer tomo, dedicado al tema concreto de la propia configuración del contrato con el representante de comercio de otro país.

URSULA VESTWEBER

L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative., Bruylant, Bruxelles, 1984, 1024 págs.

El quinceavo aniversario del «Code judiciaire» belga fue ocasión propicia para examinar la evolución del derecho procesal. Los participantes en la XI jornadas de estudios jurídicos Jean Dabin, organizadas por el «Centre Charles Van Reepinghen pour le droit judiciaire» los días 14 y 15 de octubre de 1982 en Louvain-la-Neuve, se entregaron a esta tarea a través del estudio del derecho comparado y centrándose en tres campos que han conocido un importante desarrollo y que no fueron suficientemente abordados por los autores de la reforma del derecho procesal belga de 1967. El derecho procesal y su adecuación para la resolución de las contiendas que se plantean en relación al derecho económico y comercial, al derecho social o al derecho de familia fueron las materias escogidas.

Los trabajos que se presentaron con motivo de estas «XI Journées d'études juridiques Jean Dabin», se recogen en la presente obra.

La primera parte contiene las investigaciones aportadas desde la perspectiva del derecho comparado. Se recogen las experiencias obtenidas en el derecho francés, italiano, holandés y alemán.

La segunda parte acoge las aportaciones efectuadas a partir del derecho belga. Se divide en tres grandes apartados dedicados respectivamente a «le contentieux économique et commercial», «le contentieux social» y «le contentieux familial». En ellos se tratan temas de tanto interés como: El poder del Juez a actuar de oficio en la quiebra, el derecho procesal y la defensa de los derechos de los beneficiarios a las prestaciones de la seguridad social o la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de familia (pago de pensiones alimenticias, derecho de visita).

La tercera y última parte recoge las conclusiones de las investigaciones belgas y extranjeras sobre cada una de las materias tratadas. El segundo de los dos grandes apartados en que se divide esta tercera parte, bajo el título de «L'évolution du droit judiciaire: realizations et perspectives au travers des contentieux économique, social et familial», presenta un informe general de síntesis del conjunto de trabajos que se recogen en esta obra. El Prof. VAN COMPERNOLLE, de «l'Université catholique de Louvain», fue el encargado de su redacción. Hace hincapié en la progresiva especialización de la organización judicial y la necesidad de continuar en la misma línea. Señala la importancia que va adquiriendo «l'action en justice» y las características peculiares que distinguen a esta acción ejercida en defensa de intereses colectivos. Ante la mutación del papel del juez estima necesaria la revisión de su función. En cuanto al funcionamiento de la justicia y del proceso, señala, entre otras cuestiones, la progresión del principio inquisitivo y el papel cada vez más importante que adoptan ciertos auxiliares del Juez (v.g., en el ámbito de la familia, los auxiliares socio y médico-psicológicos).

Esta obra colectiva en la que han participado profesores universitarias, magistrados y abogados, será útil, sin duda, para todo jurista interesado en la vertiente procesal del derecho comparado europeo.

J. FRANCO

Arbitration under international commercial contracts, Condyne/Oceana Group, New York, 1982, 370 págs. + 6 cassettes grabadas.

El libro «Arbitration under international commercial contracts» es el resultado de una serie de conferencias organizadas por la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association). Este trabajo toma como base algunas de las conferencias que hemos considerado más importantes sobre el tema del arbitraje. Son las siguientes:

- «The case for arbitration», por Mr. Justice Kerr.
- «When it is better to litigate», por R. A. MacCrimdale, Q.C.
- «Choice of governing law of the contract-effects and limitations», por Willis L. M. Reese.
- «International arbitration: A world of options», por Robert Coulson.
- «Achievement of the intention of the parties: arbitration agreements and the first procedural steps», por J. M. M. Hunter.
- «Negotiating arbitration provisions in commercial contracts with governments», por Cecil J. Olmstead.
- «Some particular problems in negotiating arbitration provisions in commercial contracts with governments», por Pierre Lalive.
- «Discovery issues and related negotiating problems in arbitration proceedings under commercial contracts with governments», por Frederick A. O. Schwarz, Jr.

Las cassettes recogen las intervenciones orales de los conferenciantes.

En los contratos de comercio internacionales es cada vez más frecuente el uso del arbitraje. Al realizar un contrato, las partes incorporan una cláusula de arbitraje para solucionar futuras disputas. En ella, se especificará el método para nombrar los componentes del Tribunal (suele tener uno o tres árbitros), cómo regular las vacantes, el procedimiento, el país donde se realizará el proceso, etc. Este proceso se hará bajo las condiciones fijadas por las partes en la cláusula y, en lo no regulado en ella, por el Tribunal o el Derecho del país sede del proceso.

Parecido a la cláusula de arbitraje es el acuerdo de sumisión («submission agreement»). La diferencia estriba en que este acuerdo se negocia una vez ha nacido la disputa entre las dos partes, mientras que la cláusula se incorpora cuando nace el contrato.

A pesar de las ventajas que supone la solución de conflictos mediante el arbitraje, no faltan los autores que sostienen una postura contraria, alegando que es preferible litigar, acudir al juez. R. A. Mac Crindle apoya esta última tesis, y sus razones son:

- El coste, mucho más alto en los árbitros que en los jueces («Three arbitrators mean three sets of fees»).
- La imparcialidad, que es segura en todo litigio y no tanto en el arbitraje. Si cada parte nombra «su» árbitro, se deduce que dos terceras partes del Tribunal no son imparciales.
- O el conocimiento del proceso. Las reglas del litigio son conocidas por los litigantes antes de que se produzca el proceso. En el arbitraje, frecuentemente las partes no conocen determinadas reglas hasta el inicio del juicio.

Cuando las partes fijan el lugar de arbitraje, deben tener presente las reglas sobre procedimiento de cada país. Es muy importante para la revisión posterior de la sentencia, diga lo que diga la cláusula. Un problema de este

tipo se dio en el caso De Nora contra el Gobierno de Kuwait, al creer que el procedimiento utilizado para llegar a la sentencia no había seguido el Derecho del Cantón de Vaud. Los Tribunales suizos alegaron que tenían jurisdicción para conocer de este caso, a pesar de que las partes hubieran expresado en la cláusula de arbitraje someter el Derecho de apelación a cualquier Tribunal.

Cada procedimiento de arbitraje tiene su *lex arbitri*, que puede ser el mismo o no que el de la *lex loci* (del lugar donde se dé el proceso). Las partes pueden escoger el procedimiento para «governar» el arbitraje (esto es, la *lex arbitri*) pero sólo pueden hacer una elección indirecta de la *lex loci* (escogiendo el lugar o lugares en que se producirá el arbitraje). Un problema a solucionar será cuando el proceso se dé en varios países, o sea, que el Tribunal discuta el caso en un país, dicte sentencia en otro, etc.

Antes del inicio del proceso es recomendable una audiencia o vista preliminar (Preliminary Hearing) entre las partes y el Tribunal, una vez se haya establecido éste. Es un buen sistema para reducir costos y tiempo.

En todo contrato de comercio internacional, es muy frecuente que el acuerdo de arbitraje se establezca entre un particular y un gobierno. ¿Qué posturas adoptan los gobiernos respecto al arbitraje? Depende del tipo de gobierno. El de los países occidentales suele adoptar una postura positiva. Por el contrario, los países latinoamericanos, seguidores de la doctrina Calvo, no ven con buenos ojos el arbitraje. Respecto los socialistas, en los contratos entre éstos y extranjeros se incluyen frecuentemente cláusulas de arbitraje.

Un problema importante al analizar el arbitraje es el del «Discovery». Consiste en el intercambio entre las partes de documentación, informaciones, etc. Es importante para la pronta y justa resolución de conflictos. Lo ideal sería que se diera antes de empezar el juicio, para evitar frecuentes retrasos y costos. A pesar de esto, se usa poco. A veces el problema se da al abusar de este procedimiento.

Las partes, particulares o gobiernos, pueden acordar el procedimiento del Discovery en la cláusula de arbitraje de un contrato o bien cuando nace la disputa. Deben tener presente que el Derecho del país donde se realice el proceso puede limitar este procedimiento.

JOSEP FERRER I SERRA

INDICE 1986

EDITORIALES

	Pág.
— Huelga de abogados	5
— Una asignatura pendiente	261
— Editorial del núm. 3	547
— Editorial del núm. 4	843

ARTICULOS

— Calvo Sánchez, M. ^a Carmen, El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Con el estudio de la reforma llevada a cabo por Ley 19/1986 de 14 mayo	863
— Gómez de Liaño González, Fernando, La legitimación colectiva y el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial	549
— Lorca Navarrete, Antonio M., El proceso civil alemán de la experiencia del modelo de Stuttgart y de la Novela de simplificación (ver Einfachungsnovelle) de la ZPO (El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales)	915
— Lozano-Higuero Pinto, Manuel, Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales	845
— Martín Ostos, José, Funciones procesales del secretario judicial en la LOPJ	263
— Montero Aroca, Juan, La función jurisdiccional y el «status» de jueces y magistrados	7
— Montón Redondo, Alberto, Líneas generales y principios del futuro proceso concursal	293
— Muñoz Sabaté, Luis, Experimentación y concertación en la Administración de Justicia	317
— Pastor Borgoñón, Blanca, Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas	337
— Ramos Méndez, Francisco, ¿Traducción al castellano de los documentos que acompañan a un emplazamiento ante Tribunal extranjero	577
— Saavedra Gallo, Pablo, La justicialidad de la Constitución y los órganos judiciales ordinarios	35

- Soriano, Ramón, La protección de la libertad personal en el Derecho anglosajón: el «writ» de «habeas corpus» 605

NOTAS

- Berizonce, Roberto O., Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia ... 369
- Díaz Sabina, Manuel, Cuestiones generales del proceso de divorcio ... 991
- Diego Díez, Luis Alfredo de, El Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales 639
- Garberí Llobregat, José, El art. 44.1.a) LOTC 663
- Gimeno Sendra, José Vicente, El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas 395
- Gutiérrez Alviz y Conradi, Faustino, Tres sentencias extranjeras sobre el secreto periodístico 411
- López y López, Angel M., Independencia, imparcialidad, objetividad y juez (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes) 951
- Llera Suárez-Bárcena, Emilio, El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el anteproyecto de reforma L.E.C. 65
- Pedraz Penalva, Ernesto, Sobre el significado y vigencia del jurado ... 967
- Prado Arditto, Juan F., La notificación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en la nueva LOPJ 81
- Queralt, Joan J., La reforma policial española 633
- Senén Motilla, Carmen, Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil, el art. 22 de la LOPJ 683
- Serrera Contreras, Pedro Luis, El proyecto de ley orgánica de Conflictos Jurisdiccionales 425

JURISPRUDENCIA

- Procesal Civil, por Manuel Ortells Ramos 99
- Procesal Civil, por Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol 705
- Procesal Laboral, por Juan L. Gómez Colomer 143
- Procesal Laboral, por Silvia Barona Vilar 717
- Procesal Administrativa, por José A. Rodríguez Pedrero 473
- Procesal Penal, por Alberto Montón Redondo 439 y 1013
- Procesal Internacional, por Francisco Ramos Méndez 169 y 743
- El Tribunal Supremo y la Constitución, por M.^a José Mascarell Navarro. 1053

AUDIENCIA PUBLICA

- Ejecución de sentencia en moneda extranjera (Auto de 10-XII-1985, Audiencia Territorial de Valencia, Sala 1.^a) 211

LEGISLACION

- Reseña legislativa procesal, por Manuel Lozano-Higuero 217 y 507

BIBLIOGRAFIA

- Revista de revistas y obras colectivas 789
- Recensiones 247, 523, 829 y 1073

INFORMACION

- XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal 255
- X Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal 255
- Jornadas sobre el Jurado, por Arturo Álvarez Alarcón 527
- VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal 541