JUSTICIA 87

NUMERO III

tB

LIBRERIA BOSCH – Ronda Universitat, 11 – BARCELONA

«JUSTICIA 87» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universitat, 11, Barcelona 08008, Tel. (93) 317 53 08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 215 77 11. Tx 59398 FRM. Fax (93) 215 96 02.

Depósito legal: B. 19.117-87

Printed in Spain/Impreso en España por
Tesys, S.A. - Comte Borrell, 97 - 08015 Barcelona

ÍNDICE

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

La movida está en la prensa

Pues sí. Decididamente hay que reconocer que quien quiera estar al día de lo que se cuece, procesalmente hablando, ha de seguir con devoción y sin perder ripio los eventos que cotidianamente nos suministran las papelinas del cuarto poder. Hasta hace poco, los estudiosos se afanaban por pergeñar hipótesis de laboratorio más o menos ingeniosas. Los casos «de libro» se reseñaban significadamente y era como de obligación docente primaria el transmitirlos en las aulas. Ahora, la polifacética realidad se adelanta a los engendros de laboratorio, que quedan pálidos ante lo que de verdad pasa. Los chicos de la prensa han olfateado la presa y han apuntado sus plumas y tratamientos informáticos de textos al filón de lo judicial. Pero no se trata de reseñar con mayor o menor morbo los sucesos. Esto ya era moneda corriente. Lo que interesa ahora es la cuestión de fondo, meter el dedo en la llaga, ir a por todo, vamos, poner en solfa el funcionamiento del aparato judicial. ¡A fe que lo hacen bien! Se diría que comen el terreno otrora pradera exclusiva de sesteantes opiniones científicas. Bienvenido sea el momento. Sería insano no aprovechar la ocasión para, con el apoyo incondicional de los medios de comunicación, someter a debate con luz y taquígrafos el verdadero estado de la administración de justicia. Antes de que caduque la movida de la prensa aprovechemos sus altavoces para conseguir dejar de ser la voz que clama en el desierto.

Francisco Ramos

LOS GRANDES INVENTOS DEL TBO: LA RETENCIÓN POLICIAL

Quién no recuerda los deliciosos inventos del TBO y su filosofía sanota ella. Esta última es la que salvaba en última instancia el esperpento. Ahora se ha destapado un proyecto policial para legalizar lo que eufemísticamente se quiere denominar «retención». Como si entre la libertad y la detención hubiese un espacio vacío que permitiese orillar la Constitución. Los periódicos de la primera semana de mayo daban cuenta de que el Ministerio del Interior estudiaba fórmulas jurídicas para dar soporte a un buen número de detenciones diarias que rozan la ilegalidad, cuando no son manifiestamente ilegales (ver profusamente *El País* de 6 de mayo de 1987). En este caso el engendro no lo salva ninguna ideología por benévola que sea. Los apuntes que siguen debieran enterrar para siempre el intento.

1. In principio erat lex

Reza el art. 17 de la Constitución española de 1978

> 1. Toda pesona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
> 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad a disposición de la autoridad judicial.
> 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se

garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La Ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

2. Y LA LEY SE ENCARNÓ EN UNA SENTENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/1986, de 10 de julio, recurso de amparo 344/1986 (BOE de 23-7-1986):

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Eugenio Díaz-Eimil y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 344/1986, promovido por don Juan Manuel Hernández Rodero y don Luis Figueroa Cuenca, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Rodríguez Pérez y bajo la dirección del Abogado don Jaime Sanz de Bremond y Mayans, respecto del Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 29 de Madrid, dictado en procedimiento de «habeas corpus» de fecha 2 de marzo de 1986 y en el que ha comparecido el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

Primero. El día 1 de abril quedó registrado en este Tribunal un escrito mediante el cual doña Esther Rodríguez Pérez, Procuradora de los Tribunales de Madrid, interpuso recurso de amparo constitucional en nombre y representación de don Juan Manuel Hernández Rodero y de don Luis Figueroa Cuenca, contra el Auto dictado el 2 de marzo de 1986 por el Juzgado de Instrucción número 22 de Madrid, resolutorio de una solicitud de «habeas corpus» presentada por los demandantes.

Los hechos expuestos en la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) En la madrugada del día 2 de marzo, los solicitantes del amparo fueron conducidos por funcionarios de la Policía Municipal de Madrid a las dependencias policiales de la Comisaría del Distrito de Centro, en donde habrían quedado detenidos, sin ser informados de sus derechos ni de los motivos de su detención, y sin que la misma fuese comunicada al servicio de asistencia al detenido del Colegio de Abogados de Madrid. Se afirma en la demanda que, durante el tiempo en que permanecieron los recurrentes en Comisaría —sin que les fuera permitida la salida de la misma—, fueron objeto de malos tratos por «diversos funcionarios policiales».

b) Mediante comunicación telefónica con el Juzgado de Instrucción de Guardia instaron los demandantes el procedimiento de «habeas corpus» regulado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de marzo, por entender que se hallaban incursos en los supuestos contemplados en los apartados «a» y «d» del art. 1.º de la mencionada Ley. Con fecha 2 de marzo se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción núm. 29 de los de Madrid, de acuerdo con el cual se incoó el correspondiente procedimiento, ordenándose, de conformidad con lo prevenido en el art. 6.º de la Ley Orgánica 6/1984, que fueran puestos los reclamantes de manifiesto ante la autoridad judicial. En cumplimiento de lo así dispuesto, los hoy demandantes fueron conducidos a las dependencias judiciales —según dicen— esposados, en un vehículo policial, siendo oídos por el Juez tanto ellos como los funcionarios de Policía. Practicadas las pruebas propuestas por los recurrentes —examen de lo actuado, reconocimiento de ambos por el Médico Forense y declaración de quien con aquéllos se encontraba cuando su detención se produjo— y una vez que informara el Ministerio Fiscal y el Letrado designado por los reclamantes, se dictó Auto el mismo día 2 de marzo en el que se acordó: «Denegar la solicitud de "habeas corpus" (...) al no concurrir ninguno de los supuestos legales, ni haber estado privados de libertad» los demandantes actuales.

La fundamentación en derecho de la demanda de amparo es, en síntesis, la siguiente:

a) Se afirma por los recurrentes que la resolución impugnada ha vulnerado sus derechos fundamentales reconocidos en los arts. 17.1, 17.3, 17.4 —en relación con el derecho declarado en el art. 24.1 de la Constitución— y 15 de la norma fundamental, pues mediante el Auto de 2 de marzo de 1986 se les negó la protección de su derecho de no ser privados de libertad sino con observancia de lo establecido en la Constitución y en la Ley, a ser informados de sus derechos y de las razones de su detención, a ser asistidos por Abogado, al procedimiento mismo de «habeas corpus» y, a través de él, a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y, en fin, a no ser, en ningún caso, sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

b) Se fundamenta lo anterior discutiendo lo afirmado en la resolución impugnada en orden a cómo los entonces reclamantes no fueron privados de libertad ni se hallaron incursos en ninguno de los supuestos legales contemplados en el art. 1.º de la Ley Orgánica 6/1984. Se sostiene, pues, que tal privación efectivamente se produjo, según se expuso en los antecedentes de hecho del recurso, por más que, ante el Juez, los funcionarios de Policía manifestasen que «todavía no se les había detenido o comunicado la decisión de detenerles». Por lo demás, su situación de detenidos vino a reconocerse en la fundamentación jurídica del Auto impugnado, al declararse en ella por el juzgador ser procedente adoptar la resolución a que se refiere el art. 8.º de la Ley Orgánica 6/1984.

Se afirma, al respecto, que el interés de los demandantes al recurrir viene dado por aquella interpretación judicial, según la cual no estuvieron en ningún momento privados

de libertad, interpretación que se considera en la demanda viene a dar por buena la figura, no contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la «retención», según la cual sería posible retener a alguien contra su voluntad en una dependencia policial sin dar cumplimiento a lo prevenido en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) En cuanto a lo constatado en la resolución impugnada en orden a la no concurrencia en el caso de ninguno de los supuestos legales para la concesión del «habeas corpus» se aduce que, de lo expuesto en los antecedentes, se desprende claramente que sí se dieron, en este supuesto, las circunstancias previstas en los apartados «a» y, sobre todo, «d» del art. 1.º de la Ley Orgánica 6/1984, ya que no se cumplieron los requisitos establecidos en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y teniendo en cuenta también que los recurrentes fueron sometidos a malos tratos, vulnerándose con ello, asimismo, lo dispuesto en el art. 15 de la Constitución.

En la súplica se pide que se declare la nulidad del Auto impugnado y que los recurrentes estuvieron efectivamente privados de libertad, siéndoles, en consecuencia, aplicables todos los derechos y garantías constitucionales y procediendo, por lo mismo, la estimación de la solicitud de «habeas corpus» por ellos presentada.

En segundo otrosí se pide, invocando lo dispuesto en el art. 52.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se tenga por solicitada la celebración de vista oral.

Segundo. Mediante providencia del día 7 de mayo, la Sección Primera acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir del Juzgado de Instrucción núm. 29 de los de Madrid la remisión de las actuaciones y el emplazamiento de las partes para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer ante el Tribunal, haciéndose constar en dicho emplazamiento la exclusión de quienes quisieran coadyuvar con el recurrente o formular cualquier impugnación y les hubiera transcurrido ya el plazo dispuesto al efecto por la Ley Orgánica de este Tribunal.

Tercero. Por providencia del día 14 de mayo, la Sala acordó acusar recibo de las actuaciones remitidas por el Juzgado de Instrucción número 29 y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.2 de la Ley Orgánica, sustituir el trámite de alegaciones escritas por el de vista oral y poniedo de manifiesto las actuaciones por plazo de diez días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, quienes se instruyeron de las mismas, señalándose para la celebración de la vista pública la audiencia del día 2 de julio en curso, a las diez treinta horas. Dicho acto tuvo lugar en el día y hora señalados y en él informaron el Abogado de los recurrentes, quien mantuvo las pretensiones deducidas en la demanda, y el Ministerio Fiscal, que se opuso a la estimación de la demanda, quedando los autos conclusos para sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

Primero. Los demandantes imputan a la resolución impugnada la lesión de sus derechos fundamentales reconocidos en los arts. 24.1, 15 y 17 de la Constitución, concretando la invocación que se hace mediante la cita del último de estos preceptos, en la supuesta infracción por el

juzgador «a quo» de lo garantizado a todas las personas en los apartados 1.º, 3.º y 4.º de dicho artículo. Es pertinente aclarar, como consideración preliminar, que el acto impugnado es —de conformidad, por lo demás, con lo afirmado por la defensa de los demandantes en el acto de la vista— una resolución judicial (el Auto de 2 de marzo de 1986 del Juzgado de Instrucción núm. 29 de los de Madrid) y que, por lo mismo, el amparo que se nos demanda es únicamente el que tiene su cauce en el art. 44 de nuestra Ley Orgánica. Se nos pide, pues, que examinemos si la denegación judicial de la demanda de «habeas corpus» menoscabó los derechos que se invocan en la motivación de la queja constitucional y sólo de esto es de lo que podemos conocer ahora, pues las hipotéticas infracciones por actos o por vías de hecho de los funcionarios de la Policía, al practicar la detención que se dice producida, o en el curso de la misma, pueden ser perseguidas por los actores a través de las vías jurisdiccionales adecuadas, como se deriva de la parte dispositiva del auto impugnada, sin que, omitida dicha reacción en este caso, podamos decir nada ahora acerca de las supuestas conculcaciones de derechos que de ello sean consecuencia.

El órgano judicial que conoce de la petición de «habeas corpus» juzga de la legitimidad de una situación de privación de libertad, a la que puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en las que la detención se produjo o se está realizando, pero sin extraer de éstas —de lo que las mismas tuvieron de posibles infracciones del ordenamiento— más consecuencias que la de la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad (art. 8.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo), y adoptando, en su caso, alguna o algunas de las decisiones a las que se refiere el artículo 9.º del mismo texto legal. No puede ser de otro modo si se repara en que el procedimiento previsto en el art. 17.4 de la Constitución tiene un carácter especial, de cognición limitada, pues a través de él se busca sólo «la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». Mediante este procedimiento la norma fundamental ha abierto un medio de defensa de los derechos substantivos establecidos en el resto de los apartados de su art. 17, que permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, mas no es un proceso al término del cual puedan obtenerse declaraciones sobre los agravios que, a causa de la ilegalidad de la detención, se hayan infligido a los que la hayan padecido, quienes —resuelta en cualquier sentido su petición de «habeas corpus»— podrán buscar, por las vías jurisdiccionales adecuadas, la reparación en Derecho de aquellas lesiones.

Segundo. Lo que hemos dicho en el apartado anterior contribuye a situar debidamente el objeto de este recurso de amparo y a delimitar cuál pueda ser su correcta motivación jurídica, aunque los recurrentes invocan, junto a los derechos enunciados en los arts. 24.1 y 17 (núms. 1.º y 4.º) de la Constitución, las garantías dispuestas en el apartado 3.º de este último precepto y la interdicción de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), es lo cierto que estas últimas situaciones jurídicas (las reconocidas en los arts. 17.3 y 15 de la norma fundamental) no pueden brindar hoy la medida de la conformidad a Derecho

del acto judicial impugnado. Si lo que tales normas garantizan no hubiese sido debidamente respetado, tal desconocimiento habría de imputarse a quienes tuvieron bajo su custodia a los demandantes actuales, pero no al juzgador del modo inmediato y directo con que se requiere en nuestra Ley Orgánica (art. 44.1). Es cierto que un hipotético error del juzgador en la identificación de los hechos que están a la base de la demanda de «habeas corpus» puede suponer la confirmación indebida de una situación antijurídica de privación de libertad, pero de tal resultado dañoso para el derecho fundamental que se declara en el art. 17.1 de la Constitución no podríamos juzgar inmediatamente, pues han de ser los órganos judiciales competentes los que, con plenitud de jurisdicción, examinen los hechos y las supuestas violaciones de derechos así imputadas, con carácter originario, a quienes practicaron la detención o a quienes tuvieron bajo su custodia a los privados de libertad.

Puede examinarse, por el contrario, la hipotética vulneración, en la resolución impugnada, de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 24.1 y 17.1 de la Constitución, en relación este último con la garantía dispuesta en el apartado 4.º del mismo artículo de la norma fundamental. No cabe descartar que una resolución desestimatoria en el procedimiento de «habeas corpus» pueda contrariar, por inmotivada o por falta de fundamento razonable, el derecho a la tutela judicial efectiva y tampoco que en la misma, de otro modo, se haya denegado la protección del derecho a la libertad personal que se establece en el artículo 17.4 por causa de una errónea interpretación del contenido del derecho reconocido en el art. 17.1 de la norma fundamental, derecho éste que, tanto en una como en otra hipótesis, sería el conculcado en último término por el juzgador. De la suficiencia y corrección constitucional de la fundamentación de dicho fallo denegatorio —no de los hechos que estuvieron a la base del procedimiento resuelto— ha de juzgarse ahora.

Tercero. En la demanda se consideran vulnerados los derechos reconocidos en los arts. 24.1 y 17.1 de la Constitución, en relación este último con la garantía procesal prevista en el núm. 4.º del mismo art. 17 de la norma fundamental. En rigor, la cita del derecho reconocido en el art. 24.1 es, en este caso, redundante respecto de la invocación de los apartados 1.º y 4.º del repetido art. 17, pues la supuesta indefensión de los actores habría de apreciarse, en su caso, por referencia al trato por ellos obtenido en el curso del «habeas corpus» que impetraron, de tal manera que si la decisión de este procedimiento incurrió en carencia de motivación o en motivación irrazonable o, aún en otro caso, en una interpretación errada del contenido del derecho a la libertad personal —deparadora de su indebida falta de protección— habría de concluirse en que se incumplió por el juzgador lo prevenido en el art. 17.4 de la norma fundamental y en que, por ello, se vulneró, por falta de la debida tutela judicial, el derecho que enuncia la Constitución en el número 1.º del mismo artículo.

No puede dudarse de que la resolución impugnada —adoptada al término de un procedimiento al que no se ha opuesto tacha alguna— se dictó con la suficiente fundamentación en derecho y debe destacarse, de otra parte, que los actores obtuvieron cumplidamente la primera de

las garantías que dispone el art. 17.4 de la Constitución, pues, alegando encontrarse irregularmente privados de libertad, fueron prontamente requeridos a su presencia por el juzgador, tras de incoarse el procedimiento de «habeas corpus» que, sólo por ello, alcanzó ya su primordial eficacia.

Cuarto. Una recta identificación del concepto de «privación de libertad», que figura en el art. 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el juzgador «a quo» cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos.

En el caso actual, sin embargo, una equivocada calificación por el Juez de la situación en la que los actores se hallaron sólo sería relevante si por su causa, al desestimarse la pretensión de «habeas corpus», se hubiera confirmado una situación de privación de libertad, efectiva al tiempo de dictarse la resolución judicial y en ella mantenida por haberla hallado, como se dice en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 6/1984, «conforme a derecho». Nada de esto ha ocurrido en el presente caso. El órgano judicial denegó la solicitud de «habeas corpus», no porque, constatada la situación de privación de libertad, la considerase jurídicamente correcta, disponiendo su mantenimiento, sino porque entendió con alguna inconsistencia entre lo expuesto en el fallo y en el fundamento jurídico de su resolución —que los demandantes no estuvieron, ni estaban en el momento de resolver, privados de libertad—. Esta afirmación es, en sí misma considerada, discutible, pues, como acabamos de decir, debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona. Mas aunque admitiéramos, en función de las anteriores premisas, la existencia de una equivocación del Juez «a quo», ella no nos puede llevar a la estimación de este amparo, pues lo cierto es que el Juez «a quo», al denegar el «habeas corpus», no mantuvo ninguna situación de sujeción de los demandantes y éstos tampoco han aducido que, con la resolución judicial, su anterior situación se hubiera prolongado de modo que hay que de todo ello extraer la conclusión de que, en el caso que nos ocupa, no se produjo ninguna lesión del derecho constitucional que en este recurso de amparo se ha invocado.

No hubo siquiera afectación, por

obra de la resolución judicial impugnada, de la libertad personal de los recurrentes, libertad que no puede decirse menoscabada sólo porque no hubiera acogido el Juez de Instrucción los reproches de antijuridicidad ante los formulados cuando al no hacerlo, como en este caso, no lo confirmó una privación de libertad actual. Detenidos o no en algún momento anterior a la resolución del «habeas corpus», los demandantes no vieron su libertad personal constreñida como resultado de la decisión judicial, que es lo que aquí ellos han impugnado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Juan Manuel Hernández Rodero y don Luis Figueroa Cuenca.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a diez de julio de mil novecientos ochenta y seis. Francisco Tomás y Valiente, Francisco Rubio Llorente, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Truyol Serra, Eugenio Díaz Eimil, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Firmados y rubricados.

3. SE DISPARAN LOS MECANISMOS DE ALARMA

«Cheque en blanco» para la policía

El Ministro de Justicia ha salido al paso de las pretensiones policiales que reclaman la introducción en el ordenamiento legal de la *retención* y ha asegurado que dicha figura no encaja en la Constitución. Es de agradecer esta posición del Ministro, pero, por más autorizada que sea su opinión, mucho nos tememos que no servirá para cortar la presión corporativa que se manifiesta en torno a este tema en los sectores policiales. De la misma manera que no ha servido la posición autorizada del Tribunal Constitucional, que ya se pronunció hace algunos meses en contra de la *retención*, a pesar de lo cual los servicios jurídicos de Interior se prestan a dar falsas esperanzas sobre la posibilidad legal de una figura claramente inconstitucional.

La *retención* policial es presentada por sus patrocinadores como un estadio intermedio entre la situación de libertad del ciudadano y la de su detención, en la que ciertas garantías le protegen frente a posibles abusos o irregularidades. En concreto, el ciudadano policialmente *retenido*, ni se beneficiaría de la prestación estatal de la asistencia letrada ni tendría la posibilidad de ejercer el derecho de *habeas corpus*, pues no estando detenido mal podría exigir su presencia ante un juez arguyendo que lo está ilegalmente.

En realidad, el reconocimieto legal de la *retención* constituiría un *cheque en blanco* otorgado por el Estado a la policía en detrimento del ciudadano. La querencia de algunos sectores policiales a exigir el mínimo de control legal, o incluso la inexistencia del mismo, sobre sus actuaciones como condición indispensable para el éxito de las mismas, ni tiene justificación profesional ni mucho menos puede ser contemplada sin recelo por los ciudadanos en general. Y ello, porque están en juego derechos de la persona tan esenciales como los de defensa frente a posibles imputaciones falsas, a la integridad física o incluso a la misma vida, como, desgraciadamente, la historia demuestra. Por otra parte, pretender que la ley resuelva por sí misma lo que debe ser resultado de una buena actuación profesional puede ser cómodo para el policía, pero insoportable, además de injusto, para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, esto es lo que frecuentemente se ha pretendido desde sectores policiales en los últimos años.

Los motivos que se alegan para reivindicar la introducción de la *retención* en la Ley de Enjuiciamiento Criminal son pretendidamente profesionales. Dicha situación, según sus defensores, permitiría a los cuerpos de seguridad privar de libertad a aquellas personas de las que se tuviera fundadas sospechas de ser autoras, cómplices o encubridoras de hechos delictivos, por un tiempo de algunas horas, plazo que serviría para realizar las gestiones necesarias a los efectos de comprobar la veracidad de tales sospechas. Pero precisamente son estas sospechas, que nunca deben ser arbitrarias sino basarse en algún indicio real, las que legalmente permiten a los agentes del orden proceder a la detención de una persona, aunque la investigación policial revele posteriormente que han sido infundadas. Por eso, la ley dice que el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial en un plazo máximo de 72 horas, según haya sido negativo o positivo el resultado de las averiguaciones policiales.

Si han existido indicios reales, y no arbitrarios, para la detención, aunque luego no sean corroborados, es altamente improbable que el policía que haya procedido a la misma pueda ser acusado de detención ilegal. La seguridad jurídica de la policía en sus actuaciones para la prevención del delito es amplia y suficiente, aunque no puede pretenderse que sea total, pues ello no sería otra cosa que impunidad. Que se tornaría, a su vez, en máxima inseguridad jurídica para el detenido.

Editorial del diario *El País* de 9 de mayo de 1987

4. Una buena pregunta: La retención, ¿para qué?

Joan Josep Queralt
Profesor titular de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Barcelona

Hay muchas y variadas formas de abordar los problemas lícitamente. Sin embargo, no todas las formas que sean en abstracto lícitas, lo son efectivamente en concreto. Parece una perogrullada, pero no lo es. Y algo de eso sucede con una práctica policial que parece ser tan relativamente frecuente como alegal —es más, ilegal y delictiva— como es la *retención*. Esta situación es reconocida por las propias autoridades policiales desde hace ya tiempo, y así lo han plasmado en circulares internas —a las que habría que dar plena difusión— y en los propios manuales de formación que se utilizan en las academias.

No es la primera ocasión en que se aborda este tema, pero con mucha mayor insistencia se aboga una y otra vez por el reconocimiento legal de esta figura. Algún intento normativo ha habido y bien poco serio por cierto; pues, en efecto, al regular, por ejemplo, el estatuto del Defensor del Pueblo, se alude a que éste no puede ser detenido ni retenido si no es en ciertos supuestos. También al regular en los estatutos de autonomía la situación de los parlamentarios regionales se alude a que tampoco pueden ser detenidos ni retenidos, salvo en determinadas circunstancias; aquí, en cambio, la regulación es algo más chusca, pues, salvo error u omisión, los parlamentarios de Castilla-La Mancha sólo pueden ser detenidos, y los de Baleares, sólo retenidos. La falta de seriedad del legislador obvia cualquier comentario.

La retención, aparte de otras consideraciones que se efectuarán más adelante, supone, además de un delito, saltarse a la torera toda la estricta y generosa regulación de la detención. Y es generosa porque, con acierto, no requiere que la detención tenga que basarse sobre un hecho cierto, sino que basta, para la inmensa mayoría de supuestos, que el agente tenga *motivos racionalmente bastantes* respecto a la perpetración de un hecho punible y de la participación en el mismo del sujeto al que va a detener.

Además, tras la entrada en vigor de la Constitución, y con algún regateo de importancia en la legislación procesal que dice seguirla, la detención se ve rodeada de una serie de *garantías fundamentales e irrenunciables*: información inmediata de forma comprensible del hecho que se imputa al sujeto, asistencia letrada en las diligencias policiales de cualquier clase, no declarar contra sí mismo, comunicación a la persona que designe del hecho de la detención, presencia de intérprete si se es extranjero, reconocimiento médico efectuado por un facultativo dependiente de un organismo público y la información de todos estos derechos. Este rosario de garantías pretende contraponerse a los amplios poderes policiales a fin de encontrar el difícil *equilibrio* entre la seguridad y la libertad.

Si, pese a este panorama normativo, cumplido a trancas y barrancas, se quiere introducir la figura de la retención es porque se considera que algunas de las garantías mencionadas pueden interferir la labor policial. Ello puede ser cierto; también se opone a la investigación policial la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, y no por ello pueden borrarse de un plumazo. El aseguramiento de las libertades no debe ser tan grande que se quede sin objeto, sin libertades que asegurar. Esto en un plano general. Descendiendo a un aspecto más concreto, resulta que la retención viola la mayor parte de los derechos enunciados, ni siquiera una sospecha creíble. La retención supone dejar a un ciudadano al albur del poder sin garantías.

Así las cosas, en la realidad diaria, funcionarios y autoridades policiales suelen quejarse —olvidando el formidable arsenal jurídico del que disponen— de que, al no poder retener, es difícil verificar la identidad de las personas. Pero con esta pretensión se olvida también que *no existe obligación legal* de identificarse; la normativa reguladora del documento nacional de identidad, por su rango normativo, es insuficiente para imponer tal carga a los particulares. Tampoco la previsión de la falta del artículo 571 entra en juego, pues salvo que medie un delito, y, por tanto, una posibilidad de detención, no existe facultad legal (principio de habilitación legal) para que la policía requiera la identificación de los paseantes.

Dado que las propias autoridades son conscientes de la pretendida laguna, ha de ponerse de manifiesto que su tránsito va a resultar sumamente difícil. La sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1986 afirma: «Debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre la detención y la libertad.»

Ante este planteamiento cabe ciertamente preguntarse si la función policial de un Estado social y democrático de derecho requiere, de verdad, la retención. Mi opinión personal es que la retención, las redadas y la detención gubernativa están proscritas y bien proscritas en nuestro ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la Constitución.

A la policía le basta y le sobra, si es perspicaz y tenaz, con los actuales márgenes, amplísimos, que se da a la detención. Intentar reducir

aún más la libertad, aunque sólo sea por unas horas, constituye un grave presagio en la incierta lucha que en el mundo occidental se libra entre la sociedad civil y el cada vez más poderoso Estado social.

Porque, y aunque no lo diga la ley, la detención se rige por una regla de oro: la *oportunidad*; si tal práctica es temprana o tardía, el fin que se persigue se echa a perder. Si a ello añadimos que no existe el deber de dejarse detener, y que, ante la mera huida, la única respuesta jurídicamente correcta es la buena forma física del funcionario, la solución no está en recortar ilegítimamente la libertad personal, sino en hacer una policía mejor. Y esto no es una cuestión de gaceta oficial.

DE LOS PERIÓDICOS: HUELGA LA JUSTICIA

Ya no caben casi sorpresas para los ciudadanos en lo que respecta al funcionamiento —por decir algo— de la Administración de Justicia en España. Los ciudadanos tienen derecho a pasar de la irritación a la inhibición, y viceversa, ante el espectáculo de la huelga de funcionarios de juzgados. Pues haya sido su seguimiento escaso, como afirma el Ministerio de Justicia, o masivo, como aseguran los sindicatos convocantes, es difícil creer que ésta haya podido agravar más de lo que ya está el *normal* funcionamiento de la Justicia en España.

Ni el justiciable ha podido sentirse en realidad en estos dos días peor atendido que de costumbre, ni los asuntos se han acumulado más de lo que ya están, ni el retraso en la práctica de diligencias se ha hecho notar de una manera especial. Es imposible que esta huelga haya sido capaz de deteriorar aún más una situación que ha vuelto a ser descrita de manera expresiva y certera —esta vez, por un cualificado miembro del Poder Judicial— como de «cachondeo».

Determinar con exactitud las funciones que corresponden a cada una de las categorías de los funcionarios judiciales y fijar su adecuada retribución económica es una de las condiciones indispensables para que comience a funcionar correctamente la Justicia. La dejación histórica de algunas de las funciones propias de los jueces en manos de los oficiales y secretarios llegó a crear una situación de hecho que antes era sobrellevada merced a las corruptelas económicas que posibilitaban o por simples razones de consideración social. Ahora esta situación ha cambiado felizmente tras la campaña contra la corrupción auspiciada desde las áreas del Ministerio de Justicia. Por eso, tienen toda la razón los sindicatos de funcionarios al exigir la máxima clarificación en las funciones que legalmente les corresponden, aunque la actitud diligente que ahora muestran en sus reivindicaciones de tipo profesional y económico se haya echado en falta en el pasado para denunciar las prácticas corruptas de algunos de sus afiliados.

Por lo que parece, el Ministerio se muestra conforme con clarificar

quién es quién en la Administración de Justicia y en asumir el coste económico que ello conlleva, aunque alega la imposibilidad presupuestaria de que surta efecto a partir de junio de este año como pretenden los sindicatos. Causa verdadero asombro que las partes negociadoras hayan sido incapaces de superar este escollo eminentemente formal y no se haya evitado la huelga que, si bien es cierto que no ha causado a los ciudadanos más desatenciones graves que las de costumbre, no deja de causar nuevos daños a la imagen pública de la justicia.

El Ministerio argumenta que las retribuciones medias de los funcionarios judiciales superan las que perciben del resto de la Ad-
Judicial.
nistración pública. Es verdad, pero no lo es menos que el ritmo y el volumen de trabajo de los órganos judiciales son infinitamente mayores que los que existen en el ámbito administrativo normal. Y la naturaleza del trabajo judicial conlleva con frecuencia la necesidad de sustituciones, habilitaciones o prolongaciones de jornada laboral que, hasta ahora, o no son retribuidas en muchos casos o lo son insuficientemente.

Es cierto que los males de la justicia son en muy buena parte imputables a la desidia de los jueces y a la falta de diligencia de los funcionarios. Pero en los últimos años muchos de estos defectos se han corregido. La responsabilidad fundamental es de quien tiene en su poder la llave de los presupuestos y acapara celosamente las competencias sobre los planes del futuro de la Justicia, es decir, el Gobierno. Y desde hace algún tiempo, la política judicial de éste brilla por su ausencia, incapaz como es de impulsar hasta sus últimas consecuencias el desarrollo del nuevo marco alumbrado por ley orgánica del Poder Judicial.

Editorial del diario *El País* de 26 de junio de 1987

YO JUZGO, TÚ JUZGAS, ÉL JUZGA... ¿Y LOS JUECES?

La Justicia española ha sido puesta en entredicho en numerosas ocasiones, y desde diversos sectores de nuestra sociedad. Sonados «deslices» de algunos magistrados en el ejercicio de sus funciones, la desconfianza y el sentimiento de indefensión de los ciudadanos ante la Justicia, y las duras críticas dirigidas desde el poder político a un concreto sector judicial, nos sitúan en estos momentos ante un abierto juicio a la Justicia.

El enfrentamiento Poder Político-Poder Judicial, concentrado en las acusaciones lanzadas por dirigentes del Gobierno socialista contra los jueces del País Vasco, protagoniza estos días el panorama de actualidad.

Terrorismo, determinadas actuaciones judiciales, cuestiones de competencia, libertad de crítica, injerencia política, independencia judicial... son temas y argumentos que se barajan y discuten hasta la saciedad, en un constante ir y venir de declaraciones.

¿Dónde está la frontera entre la independencia y el arbitrio judicial? ¿Hasta dónde llega el respeto al principio de la separación de poderes? El dogma de Rousseau partía de la idea de que «para evitar abusos de poder, es necesario que el poder frene al poder».

Unos opinan que, en este caso, el Ejecutivo está pisando el freno demasiado a fondo. Para otros, sin embargo, el control no precisa más justificación que su evidente necesidad.

Las puertas quedan abiertas a toda opinión, si bien no es éste el momento de entrar a valorar esta cuestión. Se trata ahora de realizar una breve exposición de las declaraciones, los personajes y los acontecimientos que han dado vida a esta polémica confrontación.

La noche del 25 de abril de 1987 volvía a producirse un atentado terrorista en el País Vasco. Esta vez, contra la Casa del Pueblo de Portugalete, sede del PSE-PSOE. Las botellas incendiarias causarían la

muerte, pocos días después, a la militante socialista Maite Torrano, y a Félix Peña posteriormente.

El hecho no sólo conmovió el sentimiento humano, sino que esta vez tocó, además, la fibra sensible socialista. A raíz de la agresión, se desencadenaría toda una serie de acusaciones y críticas que iban a desembocar en el presente conflicto.

Cabe recordar que las desavenencias entre dirigentes socialistas y Poder Judicial ya se habían suscitado tiempo atrás, con ocasión de la citación a 90 guardias civiles hecha por la juez María Elisabeth Huerta, y la orden de incomparecencia decretada por el Gobierno, en relación con el caso Linaza.

El día siguiente del atentado, Ricardo García Damborenea, secretario general del PSOE en Vizcaya, pedía a los jueces que actuaran contra Herri Batasuna, presunto responsable del acto. Y reclamó «a esos jueces que se muestran tan solícitos a perseguir guardias civiles, el mismo empeño para esclarecer el atentado.»

Pero las críticas más duras contra la judicatura vasca fueron realizadas el 1.º de mayo, durante el entierro de Maite Torrano.

Damborenea denunció el miedo de algunos jueces a la hora de perseguir activamente el terrorismo, y la chocante benevolencia con que tratan a los terroristas, mientras descargan su severidad con las Fuerzas de Seguridad del Estado y con los ciudadanos. Afirmó que «hay jueces que están tan preocupados por los derechos de los terroristas que no les queda tiempo para los derechos de las mayorías».

A estas acusaciones se unieron las del Presidente del Gobierno de Navarra, Gabriel Urralburu, quien criticó a «un Poder Judicial que a veces parece atemorizado y se resiste a aplicar la ley con toda su fuerza contra los agitadores».

La reacción no se hizo esperar. Las declaraciones de los dirigentes socialistas fueron calificadas de «irracionales» y «peregrinas», e incluso fueron advertidas de posible querella por difamación y desacato. Los magistrados vascos niegan que obren con miedo, y hacen hincapié en el hecho de que la competencia sobre delitos de terrorismo no les corresponde a ellos, sino a la Audiencia Nacional.

El 5 de mayo, Antonio Hernández Gil, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, alzó su voz en defensa de la independencia judicial, y aseguró, en respuesta a las declaraciones de Urralburu, que los jueces del País Vasco no están atemorizados.

En este mismo sentido, Xabier Arzalluz (Presidente del PNV) manifestó, el día 6, su disconformidad con las declaraciones de Damborenea, y aseveró que «no hay razón para que los jueces sientan temor en el País Vasco, dado que los delitos de terroristo no son de su competencia».

En la misma fecha, Damborenea se reitera en sus acusaciones, criticando la excesiva permisividad con los delitos de ETA.

Por su parte, el ministro de Justicia, Fernando Ledesma, quizá desde una posición comprometida y, por ello, más moderada, afirma que no cree que los jueces actúen con miedo, a la vez que reivindica la libertad de crítica.

El Gobierno vasco, de otro lado, anuncia que no intervendrá en la polémica entre jueces y PSOE.

Mientras los principales dirigentes del partido en el Gobierno respaldan las acusaciones de Damborenea y Urralburu, el día 7 de mayo, el Pleno del CGPJ saca a la luz pública una declaración institucional en favor de la independencia judicial, y rechazando la intromisión política:

> «1. El Consejo General del Poder Judicial, órgano constitucional a quien compete la defensa de la independencia del Poder Judicial como garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, y no como privilegio de jueces y magistrados, rechaza enérgicamente, por lo que supone de incoherencia con el orden democrático, el que por parte de quienes ostentan responsabilidades políticas se impute a dicho poder, de un modo genérico y sin la obligada concreción, actitudes de incumplimiento de sus deberes o la realización de éstos de forma parcial y al servicio de fines no constitucionales.
>
> 2. El ejercicio de los derechos de expresión y de crítica, y la libertad de opinión política, cuando se utilizan en descrédito de una institución tan fundamental como el Poder Judicial, no contribuyen al desarrollo del estado social y democrático de derecho, pues al tiempo que menoscaban la independencia judicial pueden impedir el cumplimiento correcto de la función básica que a jueces y magistrados corresponde realizar, cual es la tutela de los derechos y libertades mediante la aplicación de las leyes a la luz de los principios de la Constitución.
>
> 3. La Justicia, que emana del pueblo y es administrada por el Poder Judicial, no puede ni debe ser objeto de manipulación o intromisión política, y cuando, como ahora, éstas se producen, el Consejo General del Poder Judicial, que ampara y seguirá amparando frente a todos la independencia judicial, exhorta a los jueces y magistrados a que sigan actuando en la legalidad para la mejor realización y garantía de la convivencia democrática en el marco de la Constitución.»

Tres vocales del Consejo se abstuvieron de votar el texto, por considerar que no es su función responder a declaraciones políticas. Emilio Berlanga propuso otro texto alternativo, que fue rechazado, en el que desaprobaba con mayor rigidez las acusaciones socialistas.

Pocos días después (el 11 de mayo), el colectivo Jueces para la Democracia apoya el comunicado del CGPJ, pero hace constar su mayor coincidencia con el texto de Berlanga.

Las réplicas y contrarréplicas continuarán, todavía, durante mucho tiempo. Nuevas declaraciones y nuevas tomas de postura ahondan cada vez más en el problema.

En el momento de redactar estas líneas, la polémica no está, ni mucho menos, zanjada. Éste no ha sido más que el principio, el primer capítulo de lo que parece ser una historia interminable.

Colorín colorado, el cuento aún no se ha terminado.

ESTHER SERRA

DE LOS PERIÓDICOS: JUECES Y JUECES

Acontecimientos dispares ocurridos en los últimos días en el País Vasco, en Granada y en Cádiz ha convertido de nuevo a los jueces en protagonistas de las noticias. Por pasiva y por activa, unas actuaciones judiciales han sido motivo de duros comentarios políticos mientras otras han provocado un justificado estupor ciudadano.

Lo más llamativo del caso es que son los jueces del País Vasco, que cumplen con su deber en situación extraordinariamente difícil, los que reciben las diatribas y destemplanzas del socialista García Damborenea, mientras es oprobioso el silencio de sus compañeros de profesión frente a los desmanes y las ridiculeces que algunos señores magistrados/as se preocupan de protagonizar en el sur de España. En efecto, la decisión de una juez en Granada haciendo detener a un abogado mientras ejercía la defensa y la de otro juez que, mientras pasea en chándal por una playa, se dedica a ordenar el encarcelamiento de bañistas sin ropa, no han merecido los epítetos lanzados sobre los magistrados de Euskadi.

Siendo de diversa naturaleza uno y otro caso, lo que resulta obvio es que los jueces no han encontrado aún el lugar exacto que les corresponde en nuestra democracia. El aspecto difuso de su poder, que se expande en todos y cada uno de los órganos judiciales del país, unido a la dificultad histórica de una mayoría de ellos para asumir los valores constitucionales y a su endogamia corporativa, han hecho difícil esta tarea. Tampoco la han favorecido los Gobiernos, y muy especialmente los socialistas, exigiendo en ocasiones a los jueces una colaboración en las tareas del Estado rayana en la sumisión. Las imputaciones de pasividad y despreocupación en la lucha contra el terrorismo lanzadas por Ricardo García Damborenea contra los jueces del País Vasco durante el entierro de la militante socialista muerta en Portugalete son inadmisibles si no pueden ser acompañadas de las respectivas pruebas. No pueden justificarse ya por la indignación ante la salvajada cometida en la sede del PSOE, y sólo son imputables a

un estilo de hacer política que confunde el valor con la bravuconada.

El aplauso de la extrema derecha y los reaccionarios de todo corte a las palabras de Ricardo García Damborenea, que se confunde en sus ecos con el del propio presidente del Gobierno, no hace sino poner de relieve lo que ya sabíamos: el terrorismo *etarra* ha logrado encaminar el proceso vasco por los senderos de la irracionalidad.

Porque es preciso señalar que ni el franquismo, primero, ni la democracia, después, confiaron en el aparato judicial del Estado en el País Vasco para luchar contra el terrorismo de ETA. El Tribunal de Orden Público y la jurisdicción militar, en el anterior régimen, y la Audiencia Nacional, a partir de 1977, asumieron en exclusiva esa tarea.

Aparte de razones políticas, relativas a la eficacia y a la centralización de esa lucha, no han faltado motivaciones de recelo sobre la capacidad humana y profesional de unos jueces que debían ejercer en condiciones de alto riesgo provocadas por el terrorismo. O sea que no es de extrañar que se haya producido un debilitamiento de la presencia judicial del Estado en Euskadi. Lo que sucede es que este debilitamiento es imputable de manera directa a los malos políticos y a los malos gobernantes, en absoluto a los malos magistrados, por muchos que éstos puedan ser.

Pero mientras unos jueces son atacados en Euskadi, colegas suyos atacan a su vez a los ciudadanos en otros parajes. La detención y encarcelamiento en Granada del abogado Darío Fernández, que llevara la acusación privada en el famoso y ultrajante *caso Almería*, merecía cuando menos, por parte de la clase política, similar indignación a la mostrada por Ricardo García Damborenea. Y sin embargo no la hemos percibido. Es del todo punto incalificable la decisión de una juez que encarcela a un defensor durante el acto de un juicio. Y esperamos que el fiscal abra las oportunas averiguaciones a fin de comprobar si la señora magistrada no ha incurrido en delito por su parte.

Por lo demás, el conocimiento de que dos mujeres han pasado varios días de su vida en chirona por el nefando crimen de bañarse desnudas en un país cuya principal riqueza nacional es la posibilidad de que millones de turistas se tuesten las tetas en paz y tranquilidad no deja de ser bastante chusco. Estamos seguros de que la inspección de tribunales demostrará en su día que el juzgado de Chiclana tramita todas las causas con idéntica celeridad a ésta. Y esperamos que las autoridades socialistas serán capaces, en un futuro, de gestionar leyes que protejan a los ciudadanos, y a las ciudadanas, del capricho de cualquier deportivo magistrado justiciero, empeñado en aplicar su moral particular a la moral ajena.

Editorial del diario *El País* de 5 de mayo de 1987

AUDIENCIA PUBLICA

IN PURIS NATURALIBUS

En la playa de la Barrosa, Chiclana, dos mujeres jóvenes toman el sol. Gran playa atlántica, de aguas limpias, en contraste con su nombre. Ni cerca, ni lejos del pueblo. Tierra de vinos propios (fino cliclanero), genuino «pescaíto» (parpujas) y cantes que lastiman el aire, tierra provincial de Cádiz, acumulación trimilenaria de sedimentos culturales que siente y ríe en tanguillos y chirigotas la profundidad de sus saberes.

Ocurre que estas dos hijas de Eva se entregan, genesíacamente, al Dios Lug. Indolentes, relajadas, se dejan acariciar sin asomo de protesta, antes bien, complacidas, por sus rayos pertinaces y calenturientos. Ningún obstáculo a estas relaciones; ningún secreto más o menos íntimo que guardar. Una, ni siquiera se tapa con la hoja de parra que sigue a la corrupción del paraíso; en desnudo, puro y solemne. Dicen las crónicas que, al tiempo, leía un libro («mens sana, in corpore sano»). La otra, quién sabe si por coquetería, cubre sus últimos reductos, con pieza de vestuario que llaman monobikini. Dos motitas perdidas en el inmenso teatro de la playa, que descansa del bullicio veraniego. Posiblemente, algún que otro, enamorado del sol. No constan bañistas. También, a lo que luego se verá, algún paseante solitario. Las crónicas no refieren avizoradores con prismáticos, ni siquiera con alargadores elementales de la vista, tal cual la sencilla colocación de la mano, a guisa de visera, para otear el horizonte con lúbricos propósitos.

Un caminante, ataviado con prenda ambiguamente deportiva, se acerca a las soleadas féminas. Y aquí viene el número. El hombre del chándal las conmina a vestirse; a tomar el sol con protectores de tejido para la piel en las partes pudendas de sus cuerpos. Afea sus conductas y reclama remedios. La joven en cueros no sabe quién es aquel señor que con tales ínfulas les habla. Se identifica el hasta entonces fulano: «Soy el Juez de Instrucción del partido». ¡Qué momento! Vuelan y se atropellan en la mente de la joven pensamientos

sobre la chunga del paisanaje. Aquello huele a un vacile como la copa de un pino. No hay dudas. La nudista espeta: «Y yo soy "La Martirio"». La respueta, que tiene tintes antológicos, merece comentarios.

De algún modo recuerda los dos planos operativos de la lógica interna que mueve a los personajes de la lorquiana «Escena del teniente coronel de la guardia civil». Pero, en este caso de la playa, concurren otros elementos tragichuscos que no son de desdeñar. En la escena del poeta granadino, el teniente coronel se despepita y desgañita en ser quien es, es decir, el «teniente coronel de la guardia civil». También aquí, el juez de instrucción se empeña en ser quien es, aunque otra cosa puedan aparentar las circunstancias. Al mandamás de los picoletos, un gitano, llevado a su presencia por el cabo que lo ha encontrado «en la puente de los ríos», descompone su talante con respuestas incomprensibles para sus entendederas, pero plenas de sentido, desde otra perspectiva: ¿qué hacías allí? «Una torre de canela»; «en enero tengo azahar»; «y naranjas en la nieve». Aquí no hay ningún cabo que lleve a presencia del juez de instrucción, o séase, al teniente coronel de la guardia civil, al gitano, es decir, a las bañistas de sol (esto vendrá luego); es el propio teniente coronel de la guardia civil, o séase, el juez de instrucción, el que busca o encuentra a las jóvenes, o séase, al gitano... Pero hay en ambos casos respuestas que no sintonizan linealmente; para asimilarlas habría que acudir a la lógica tridimensinal del «Badila», aquel famoso picador de toros, cuyos silogismos inmortaliza Antonio Machado en su Juan de Mairena. Torres de canela... la Martirio. ¡Ay es nada! Pensamientos interpuestos que el interloculor primero ignora, lo que lo torna incapaz para aprehender la síntesis de los entimemas que conducen a la respuesta final: «Yo soy la Martirio».

Hay, no obstante, diferencias. El gitano pasó del teniente coronel de la guardia civil. La momentánea Martirio de la playa, no pasaba del hombre del chándal; respondía a lo que debía parecerle chanza o extraño modo de pegar la hebra. A lo mejor, después, tuvo que pasar inevitablemente del juez de instrucción; pero, claro, no fueron éstas sus iniciales intenciones.

Y puestos a indagar posibles respuestas, ningún personaje mejor que el elegido. El componente de picardía de la respuesta fue ignorado por el hombre del chandal/juez de instrucción. Lo mismo, ahora sí, otra vez, que ocurrió en el caso del teniente coronel de la guardia civil, debió sentirse burlado. Faltó la carcajada espontánea. Todo el sentido del postflamenquismo o mejor dicho, del postmodernismo flamenco que inspira al personaje se truncó y murió en flor. Aquello fue, como dice en una canción la Martirio, para ponerse mala pero mala, mala de acostarse y de tomar una pastilla. Al hombre del chándal le fallaron los reflejos, pues tendría que haber contestado: «pues, anda,

ponte, al menos, la peineta». Pero el hombre del chándal es el juez de instrucción y, probablemente, no conoce estas peinetas de alucine, que parecen diseñadas —con perdón para quien sea su auténtico autor que no conozco— por Nazario, el dibujante de «El Víbora». Por eso se fue. Se fue y mandó detener a las jóvenes por la guardia civil. (¿Escándalo público, desacato?)

El juez de instrucción no hizo ¡Ayyy! pum, pim, pam!, como el teniente coronel. No. El juez de instrucción las mandó encarcelar.

¿Quid iuris?

JOSÉ ALMAGRO
Mayo de 1987

DE LOS PERIÓDICOS: JUSTICIA O INQUISICÓN

Antonio Navarro, el juez que denunció a una pareja de jóvenes porque se acariciaban en público en el pueblode Azuaga, era hasta el pasado 2 de febrero juez de provisión temporal del pueblo de Azuaga, en Badajoz. Ahora es probable que jamás vuelva a esa localidad extremeña, donde ayer todos los habitantes mostraron su absoluta repulsa por las consecuencias que ha tenido su actitud inquisitorial. Su denuncia y la posterior condena de la pareja (cinco meses de arresto mayor para él, dos meses para ella, una muchacha de 17 años), fue duramente criticada dentro y fuera de la localidad extremeña, pero alcanzó caracteres de drama cuando el joven incriminado cometió suicidio el pasado 7 de febrero. La reacción popular ante la condena y frente a los sucesos posteriores ha sido manifestada mediante una huelga general que se produjo ayer mismo.

Cierto que en el ánimo del juez Antonio Navarro no estaba prevista la sucesión de hechos que provocó con su acción y eso puede ser, sin duda, un grave error de algunos de aquellos que juzgan o procesan. Si nadie se lo demanda legalmente, la sociedad sí puede hacerlo.

Un noticiario salpicado de justicieras redadas de prostitutas o persecución de analfabetas que no miden sus palabras ante la autoridad cuando son arrancadas por desahucio de sus viviendas conforma un espectáculo que recuerda antes los modos de la Inquisición que de la Justicia moderna. Cuando, en ocasiones, se pide que se modernice la Justicia se está hablando generalmente de informatización, de aceleración de trámites, de limpieza en el funcionamiento en los juzgados. Pero hay una modernización de otra índole, y es la que exige una puesta al día en las mentalidades de las personas en cuyas manos está la facultad de juzgar.

Los jueces tienen la independencia que todos hemos deseado siempre para desempeñar esa facultad y la suficiente capacidad de interpretación, dentro de los códigos, como para ejercer lo que justamente da nombre a su profesión y cargo: el juicio. Pueden y deben ser in-

dependientes de los otros poderes, pero hay uno que puede parecerles invisible, o quizá inestimable, del que son representantes: el de la sociedad que delega en ellos su defensa.

La sociedad española ha evolucionado muy profundamente en los últimos años: quizá con más velocidad que algunos estamentos. Muy probablemente, la existencia de la institución del jurado —tantas veces prometida por el Ejecutivo y sucesivamente aplazada— habría evitado en este caso y en otros de semejantes características esa clamorosa escisión que se viene produciendo entre el sentido común y la decisión de algunos jueces. Su necesidad y las consecuencias dramáticas de su ausencia saltan a la vista.

Editorial del periódico *El País* de 13 de febrero de 1987

EL BESO DE AZUAGA

Paraules d'amor senzilles y tendres
No en sabiem més, teniem 15 anys
No haviem tingut massa temps per aprendre'n
tot just despertàvem del son dels infants.

Sin duda es éste el único recurso —poético— que cabe contra el fallo. Apelación y epitafio a la vez. Para garabatear en papel de oficio al uso, grabar en el catafalco o esculpir en la losa que cierra la tumba. Pero estoy convencido de que es un recurso que ya ha prosperado antes siquiera de ser escrito. Por sus propios fundamentos.

Trajinaba él —hasta febrero próximo pasado— 21 inviernos y ella 17 —ahora para siempre llorosas— primaveras. Frescos como unas rosas, que se trocaron anticipadamente en malvas y crisantemos. Dejando atrás su infancia con la prisa inexorable que marca el péndulo del tiempo. Abriéndose a la vida en la inofensiva localidad pacense de Azuaga. Investigando el amor con palabras y silencios sencillos y tiernos, con dedicación devota.

Era, al parecer, domingo, día de asueto, la hora del aperitivo, en el bar, trago corto o largo, más o menos parroquianos enjaezados, viviendo el ocio, la nada laboral. La pareja absorta el uno en el otro, en un oasis intemporal, musitaban, qué digo, callaban palabras de amor, sencillas y tiernas... ¿Por qué habría de interrumpir alguien su sinfonía, cuando los recitales se escuchan en silencio?

Fue el juez de distrito —cual trombón de varas— quien quebró el arrullo, afeando la escena. Y se perdió el compás, toda la armonía y la partitura, y hasta la batuta. «Con mi novia hago lo que me sale de los cojones», dicen que le espetó el rapaz. Así, sin sordina. Y a partir de ahí se marca el crescendo de ruptura de toda cordura, que desemboca en un camino trillado y reiterado —adagio, andante, presto—: la subida de la fiebre, el envío de los nuncios municipales, la orgía del poder, el papeleo, la mazmorra y a esperar la rutina para que todo lo demás sea dado por añadidura. ¡Que a fe fructificó el ciento por

uno! Tan lejos le pareció al joven que fueron las cosas, que le debió entrar asco de la vida terrena —«No es tan divertido como parece», confesaba— y se fue al más allá.

Los casos límite son siempre —o deben serlo— aldabonazos para la reflexión. Breve, pero profunda. Silenciosa, pero elocuente. *¿Ubinam gentium sumus?* ¿Cómo seleccionamos a nuestros jueces? ¿Qué cualidades les chequeamos? ¿Nos preocupamos de suministrarles una formación adecuada y continuada o nos aproximamos más al modelo de formación profesional acelerada? ¿Andamos tan escasos que echamos mano de lo que hay? ¿O es un puesto ambicionado en competición serena y gratificante? ¿Qué cuentas les exige la sociedad a cambio del poder que, por antonomasia, se deposita en ellos? ¿A quién confiamos el poder sobre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito?

Tal vez convenga revisar muchos de nuestros esquemas de funcionamiento para evitar más tragos amargos.

FRANCISCO RAMOS

¡VAN A REPARTIR JERINGUILLAS Y CONDONES EN LAS CÁRCELES! ¡AH, Y TAMBIÉN EN LOS SANFERMINES!

Como lo oyen. Es una noticia profiláctica, que tranquiliza, digamos la verdad. Y también es un anuncio clarificador, para saber qué penas accesorias o principales —hasta ahora no tipificadas, con olvido del principio de legalidad— puede comportar la falta de respeto al Código Penal. No especifican las fuentes si el reparto se hará promiscuamente en las prisiones masculinas o femeninas o en ambas. Tal vez en el economato, por un sistema de bonos, o con la bandeja del rancho cual toallita refrescante de un solo uso. Tal vez se instalen máquinas expendedoras. Donde seguramente no faltarán es al lado de los catres de los cronometrados *vis a vis*. Prestos para el uso y el desecho en un paisaje de escoba y cubo recubierto de bolsa de plástico de cualquier *peep show*. ¡Quién lo había de decir! Cuando a los penados se les amarraba a la reata o se les lastraba con la bola, no había lugar a estas chucherías. Todos sus derechos se acababan las más de las veces en el cántaro de agua y en el mendrugo de pan. Pero, por suerte, los tiempos han cambiado y ya no vale el dicho añorante y nostálgico de que cualquier tiempo pasado fue mejor.

Fíjense qué preciso es el Reglamento: Los internos o residentes están autorizados para comunicar periódicamente de forma oral y escrita, en su propia lengua —¿valen las señas?— (art. 89). Los artículos 94 y ss., prevén las comunicaciones especiales para familiares o allegados —vocablo de amplio espectro— íntimos —voz de comprensión restringida—. Entre otras primicias se anotan el corte de pelo —a pedido—; ducha —baño opcional— e higiene íntima (art. 148), confort ajustado a las condiciones climáticas de la localidad (art. 149), gimnasia y —footing no, gracias— paseo (art. 150), lavandería (art. 151) y desinfección y desinsectación (art. 152). Tal vez habría que introducir un artículo 152 bis para recoger las nuevas prestaciones y evitar discusiones por un quítame allá esas pajas, salvo que estemos prestos

a una interpretación extensiva del cuerpo legal existente. Puestos a dar servicio, ¿para qué repartir jeringuillas? Los afectos al mono, síndrome de abstinencia y demás podrían desfilar por la enfermería o servicio de guardia, prestos a ser escopeteados con unas mayores garantías de asepsia y limpieza en la ejecución del pique o cata de la femoral, es un decir. Nuestras cárceles siguen siendo *modelo* y se ponen aceleradamente al día al compás de los tiempos.

Por lo demás, en el festejo taurino el reparto viene como de natural. La fiesta no se acaba en la plaza. Si acaso, arranca del coso. Tras las chicuelinas y verónicas, se suceden urgencias de alivio. ¡Pobre de mí, lo que me perdí! Tomen nota, que los encierros se repiten cada año.

FRANCISCO RAMOS

SIGUE EL CACHONDEO

El personal se anima sin necesidad de darle mucha cuerda. Vamos, que le va la marcha. Como se recordará, fue el alcalde de Jerez el que levantó la veda, y hay que reconocer que el *slogan* ha cuajado. Como publicitario habría hecho fortuna con una etiqueta que corre el albur de identificar por sí sola al producto. Riesgo de metonimia, que comienza a ser socialmente aceptable. Con todos los inconvenientes del equívoco. Puede decirse que ya es *vox populi* y siempre con el mismo escenario: ¡Pues yo también opino que la Justicia es un cachondeo! ¡Faltaría más! Sólo falta la pegatina adhesiva sobre fondo rojo y lunares. Para acribillar los parabrisas y T-shirts o como placebo de las desterradas pólizas y timbres móviles. Asociaciones progres y retros, vigías y voceros de la noticia, todo el que quiere que lo oigan lo hace moneda corriente de su locuacidad. Ahora al lema le ha salido un amplificador simbólico. La frase la ha hecho suya nada menos que el Presidente de la Audiencia Territorial que meses atrás fustigó al irreverente corregidor Pacheco, *alma mater* del pegajoso estribillo. La avanzadilla de la Judicatura apostó por el derecho a la libertad de expresión y a la crítica irredenta. La mayoría silenciosa hizo la vista gorda. Pero corrió la voz y algún Presidente más se sumó al coro de los cachondos. Parece imparable y se ha desdramatizado el tema. Vale. Pero ¿hasta cuándo vamos a seguir dándole a la marcha?

FRANCISCO RAMOS

DACIONES DE CUENTA

ALTERNATIVAS INFORMALES A LOS PROCESOS CIVILES ORDINARIOS*

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

SUMARIO:

---

* Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Utrecht, del 24 al 28 de agosto de 1987.

0. Introducción

0.1. *Justicia coexistencial y conceptos afines*

Con las denominaciones de «justicia coexistencial», «justicia no jurisdiccional»,[1] «medios alternativos a la justicia de Estado», «mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial»,[2] u otros posibles, que provienen de las ideas contenidas en la expresión «diversion alternatives», se conocen en el ámbito científico procesal las técnicas, más o menos implantadas o aún en fase experimental, empleadas para eliminar los inconvenientes y dificultades del proceso jurisdiccional (formal o solemne) o aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal clásica, tornándola ineficaz, mediante la creación o facilitamiento de otros medios de solución de conflictos (menos formales o solemnes).

0.2. *La antigüedad del empeño*

En realidad las aspiraciones de este empeño son tan antiguas como la historia del proceso y, periódicamente, en coincidencia obligada con épocas de crisis, como la actual, se acentúan los movimientos renovadores que tienden, con toda legitimidad, a prescindir del lastre o peso muerto que representan mecanismos obsoletos, procurando introducir o acoplar los instrumentos que mejor se adaptan a las nuevas realidades, tal como acontece en cualquier campo de la técnica o de las ciencias o artes aplicadas y, concretamente, en el terreno del Derecho, con el impulso que dimana de la idea de la Justicia, nunca satisfecha y siempre abierta a nuevas esperanzas.

La historia del proceso romano da cuenta del nacimiento, desarrollo y extinción de tres sistemas procesales diferenciados, de implantación sucesiva en el tiempo, como respuesta a las nuevas realidades («*legis actiones*», proceso «formulario», «*cognitio extra ordinem*»). Y su evolución medieval, con las aportaciones del Derecho canónico y del Derecho germánico —tan próximo e influyente en nuestras instituciones—, tetimonia la progresiva consolidación de un «proceso común», o «juicio declarativo ordinario», de carácter mayestático («*solemnis ordo iudiciarius*»), frente a cuyos excesos formalistas y antieconómicos reaccionaron los canonistas (Bula Clementina «*Saepe contingit*», del Papa Clemente V) y los juristas laicos de algunas ciudades italianas, mediante la introducción de los procesos «sumarios», en su doble vertiente de «sumarios indeterminados» o «plenarios rápidos» y «sumarios determinados» o específicos, inspirados en una acción «*de plano ac sine strepitu iudici*», limitados en su objeto a puntos concretos del litigio y abiertos a un eventual proceso plenario ulterior,[3] para responder a las nuevas exigencias del tráfico mercantil.

Igualmente la evolución de los Derechos nacionales europeos en materia procesal, hasta la fijación de los procesos civiles modernos, por medio de las obras codificadas (con toda la significación de las tareas de Klein o, más recientes, de los procesalistas italianos que llevaron a cabo la formación del nuevo Código), acredita aquella permanente preocupación de simplificación, de eliminación de formalismos, de reducción de costos, de consecución de una justicia más rápida y eficaz... y sin embargo, los resultados, pese a novedades legislativas y reformas de importancia, son en conjunto desalentadores, en los albores de los años dos mil.

0.3. *El enfoque actual*

La perspectiva actual de los problemas que suscitan las «*diversion alternatives*», y las tendencias a la reforma, se remontan a poco más de una década. Concretamente pueden situarse en la «Conferencia nacional sobre las causas del descontento popular de la Administración de Justicia», celebrada en mayo de 1976, en St. Paul (EE.UU.). En esta conferencia, catárquica, por el examen crítico del sistema judicial norteamericano, se hicieron numerosas recomendaciones, entre otras, la creación de «nuevos mecanismos para la distribución y aplicación de la justicia» y su influencia se proyectó en numerosas reformas legislativas posteriores, canalizadas muchas a través de la «Oficina para el mejoramiento de la Administración de Justicia».[4]

La enseñanza de este «toque —de corneta— a zafarrancho» (junto con la globalidad del proyecto) constituye, a mi juicio, la mejor aportación a la metodología de las actuaciones a emprender para conseguir las imprescindibles reformas de la organización judicial y de los instrumentos procesales. La resistencia a reformas de esta naturaleza son siempre muy fuertes en las «castas forenses» instaladas (jueces, abogados, procuradores) y los arrestos que un Gobierno está dispuesto a

1. Stiglitz, *La responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1984, pp. 79 y ss.
2. Montero, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (obra colectiva), Madrid, 1985, p. 311.
3. Fairen, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, 1953, pp. 42 y ss.
4. Carl E. Schwarz, *La Constitución de EE.UU. de América y su defensa en la Constitución y su defensa*, México, 1984; véase, en especial, «Mecanismos de protección como alternativas para la revisión judicial, pp. 406 y ss.

empeñar en estas tareas, se ven a menudo interferidos por proyectos más «vistosos», a corto plazo y, por tanto, más «rentables» «políticamente» que los eventuales éxitos derivados de reformas que si se quiere sean efectivas, tienen que chocar con muchos «intereses creados».

De aquí, que sea necesario comprometer a muchos sectores en el esfuerzo común, buscar amplio respaldo popular y estar dispuestos a efectuar grandes inversiones en materia de Administración de Justicia, si en realidad se aspira a transformarla.

En España se viven momentos propicios —en el orden objetivo se entiende— a la organización de este gran debate crítico nacional sobre el estado actual de la Administración de Justicia, con el propósito de ensayar y buscar soluciones.

Como ha tenido ocasión de decir recientemente (21-2-1987), el presidente del Tribunal Supremo y presidente del Consejo General del Poder Judicial al explicar la «Memoria» del Poder Judicial al Congreso de los Diputados, «en España la Justicia es independiente pero ineficaz».[5] Se habla, con toda razón, de los retrasos endémicos del aparato judicial, que alcanzan grados de auténtica denegación de Justicia y se recuerdan corruptelas firmemente establecidas, como la consistente en «fingir» la celebración de actos judiciales ante la autoridad judicial, cuando son otros los funcionarios dependientes de aquél que actúan en lugar del mismo, con clara infracción del principio de inmediación, en cuanto admitido por nuestras leyes orgánicas y procesales.[6]

1. Los procesos jurisdiccionales ante los tribunales del orden judicial civil

1.1. *Esquema del sistema español de procesos jurisdiccionales civiles. Quejas que origina el sistema y motivan la búsqueda de alternativas*

1.1.1. *Esquema del sistema español de procesos jurisdiccionales civiles*

1.1.1.1. *Generalidades*

Con todas sus modificaciones —internas y externas— la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de febrero de 1881, sigue siendo el texto básico

5. De las declaraciones hechas por Hernández Gil, presidente del Tribunal Supremo y presidente del Consejo General del Poder Judicial en su comparecencia al Congreso de los Diputados para explicar la Memoria del Poder Judicial de 1986 (publicaciones en extracto en diario *ABC* de 21 de febrero de 1987).

6. Del editorial «El caos de la Justicia», de *Diario 16*, Madrid, 22 de febrero de 1987.

de los procesos jurisdiccionales en el orden civil. Ni la profunda reforma introducida en el vetusto cuerpo legal, por medio de la L. 34/1984 (6 de agosto), última de las numerosas habidas a lo largo de su vigencia, ni la «satelización» (normas extravagantes que giran a su alrededor) derivada de la existencia de numerosos procesos especiales fuera del código procesal, creados por leyes, generalmente, materiales y sectoriales (aunque no faltan algunas netamente procesales como el Decreto de 21 de noviembre de 1952), desvirtúan, en lo sustancial, esta afirmación. Por tanto, «la persistencia del Derecho común» bajo medieval,[7] domina la inspiración de este importante «cuerpo legal», concebido, en parte, bajo el mandato de respetar «las antiguas leyes».

Actualmente, los tipos de procesos jurisdiccionales civiles son cuatro: juicio de «mayor cuantía», juicio de «menor cuantía», juicio de «cognición», y juicio «verbal», aunque los tres últimos (en menor medida, el juicio verbal) son tributarios del primero. Esta enumeración y la breve descripción que seguirá se refiere a los procesos ordinarios, es decir, procesos de «conocimiento» o de «cognición», no de «ejecución» (la ejecución de sentencias, se acomoda esencialmente a reglas unitarias y existen ejecuciones especiales, v.g. ejecución de créditos hipotecarios) y comunes, esto es, aplicables, en general, a toda suerte de pretensiones y cuya sentencia, definitiva y firme, produce eficacia plena de cosa juzgada. En contraposición a estos procesos «ordinarios» se sitúan los procesos «sumarios» que se caracterizan porque la sentencia no produce con plenitud los efectos de la cosa juzgada, al permitir en determinadas condiciones un proceso declarativo posterior, y los procesos «especiales», previstos para debatir determinadas relaciones jurídicas materiales sustraídas al ámbito general de los «ordinarios», pero que, en régimen de igualdad con éstos, producen la plenitud de los efectos de la cosa juzgada.[8]

1.1.1.2. *El juicio de mayor cuantía*

Es heredero directo del antiguo «proceso común» o romano-canónico, representación del «*solemnis ordo iudiciarius*» (principio de escritura, división en fases preclusivas, proliferación incidental y recursos contra resoluciones interlocutorias, aunque estos dos últimos defectos se hayan corregido bastante en la última reforma). La fase de *alegaciones* comprende los escritos de *demanda*, *contestación a la demanda*, *réplica* y *dúplica*. Eventualmente, tras la notificación de la pendencia del litigio al demandado —por medio del «emplazamiento»,

7. Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*, 1.ª parte, Madrid, 1968, pp. 272 y ss.

8. Prieto-Castro, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo II, Madrid (2.ª ed.), 1985, pp. 33 y ss.

que establece un plazo para la personación o solicitud de constitución en parte, al que sigue otro para contestar a la demanda— se puede promover una incidencia de alegación y debate de defensas previas («*excepciones dilatorias*»), suspensiva del curso principal de las actuaciones. Cabe, también, la *reconvención*, formulada en el escrito de contestación a la demanda, con la consiguiente *contestación a la reconvención* que se hará en el escrito de réplica. Fuera ya del período de alegaciones se puede, mediante el escrito de ampliación, introducir, en determinados supuestos, nuevas alegaciones.

En la fase de prueba se distinguen tres subfases: preparatoria o de recibimiento a prueba; período de proposición de medios de prueba y período de práctica o de ejecución de las pruebas propuestas y admitidas. Las subfases están diferenciadas no sólo de manera lógica, sino también formal, es decir, ordenadas con separación y secuencialmente en el tiempo. Aún cabe, finalizado el período probatorio, la ordenación de nuevas pruebas, «de oficio», por el órgano jurisdiccional («diligencias para mejor proveer»).

En la fase de conclusión, las partes, ya sea oralmente, por medio del acto, llamado de «vista», señalado al efecto, ya sea por escritos, llamados «de conclusiones», realizan un resumen valorativo de los hechos probados a su juicio, en función de las pruebas practicadas, con ratificación, modificación o adición de los fundamentos de Derecho aducidos.

Finalmente, en la fase de decisión, la sentencia que resuelve el asunto si no es consentida, abre paso al recurso de apelación y, en su caso, al recurso de casación.

El juicio de mayor cuantía sirve para «ventilar» objetos litigiosos cuyo valor o interés económico excede de cien millones de pesetas.

La indicación de los plazos legales que sujetan a términos la validez de los actos procesales de las partes no aporta datos significativos para determinar la duración real del proceso, pues los tiempos «muertos», es decir, los que discurren en el ejercicio de la actividad judicial, son superiores a aquéllos, pese a la existencia de normas generales que establecen que cuando no esté esñalado plazo debe entenderse que los actos han de practicarse «sin dilación».

No se alude a casos límites, si se afirma que un juicio de mayor cuantía, sin excesivas complicaciones, puede durar, con recursos de apelación y casación incluidos, siete u ocho años.

1.1.1.3. *El juicio de menor cuantía*

Tiene su origen en la regulación de los procesos «plenarios rápidos», surgidos inicialmente al amparo de la Clamentina «*Saepe contingit*». Previsto en algunas leyes, anteriores a la codificación española,

como un juicio eminentemente oral, ya su tramitación en la L.E.C., contiene importantes restricciones a este principio que terminan asemejándolo a un juicio de mayor cuantía abreviado (las excepciones dilatorias tienen que alegarse como perentorias y resolverse en la sentencia; se eliminan los escritos de réplica y dúplica y la fase de conclusiones se sustituye por una comparecencia), similitud que la práctica forense se encargó de acentuar, mediante la sustitución de la comparecencia oral conclusiva por una nota escrita.

Sin embargo, su mayor modernidad ha querido ser utilizada recientemente por la Ley 34/1984, de manera que elevando sus límites competenciales (sirve para objetos litigiosos desde más de quinientas mil pesetas hasta cien millones de pesetas y se extiende a los asuntos de cuantía inestimable, y a los que versan sobre filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas, así como aquellos para los que la ley no disponga otra tramitación) e introduciendo en el mismo una especie de «audiencia preliminar», condujera a un desplazamiento del juicio de mayor cuantía, como anticipo de una posible y necesaria reforma de carácter más amplio.

La «comparecencia obligatoria» o audiencia preliminar en cuestión se instaura tras la contestación a la demanda con diversas finalidades (posible conciliación, incidente de inadecuación de procedimiento, en su caso, determinación del objeto litigioso, mediante la concreción de los hechos y subsanación, si procede, de defectos procesales. La falta de subsanación motiva el sobreseimiento del proceso).

Al período probatorio, diferenciado, también, en subfase de proposición y subfase de práctica, sucede el trámite de conclusiones (a semejanza del juicio de mayor cuantía evacuado por medio de vista o por escrito) y, finalmente, la fase de decisión o de sentencia, que es apelable y, según la cuantía y los supuestos, susceptible de recurso de casación.

La reforma no ha rendido los frutos esperados por sus propugnadores y, aun cuando contiene algunos aciertos concretos, ni por su alcance ni por la coexistencia de factores externos de carácter orgánico poco propicios, ha supuesto una transformación apreciable del ordenamiento procesal civil.

Un tiempo medio de duración del proceso completo, en los grandes núcleos urbanos, no inferior a cuatro o cinco años, da idea de cuanto decimos.

1.1.1.4. *El juicio de «cognición»*

Los órganos jurisdiccionales de primer grado están, hasta ahora, divididos en la organización judicial española en dos clases básicas: Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Distrito, cuyos cometi-

dos, aparte circunscripciones que pueden ser coincidentes, se diferencian en razón de las atribuciones confiadas a los mismos, determinantes de sus respectivos ámbitos de competencia objetiva. A la última de estas dos clases se unen apendicularmente los Juzgados de Paz, que resuelven asuntos de escasa entidad. En el futuro los Juzgados de Distrito deberán convertirse en Juzgados de Primera Instancia o Juzgados de Paz, en cumplimiento de las previsiones contenidas en la «Disposición Transitoria Tercera» de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Este «*excursus*» explicativo es necesario para indicar que así como el conocimiento de los juicios de mayor y de menor cuantía corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, el conocimiento de los llamados, con notoria impropiedad, juicios de «cognición» (pues los demás también lo son y, en consecuencia, su denominación induce a error) pertenece a los Juzgados de Distrito.

Este proceso declarativo sirve para decidir sobre objetos litigiosos cuya cuantía exceda de cincuenta mil pesetas, sin pasar de quinientas mil. Es el proceso de factura más reciente (D. 31 de noviembre de 1952, aunque con modificaciones, especialmente, L. 34/1984).

Este proceso introdujo innovaciones de interés e importancia: apreciación de oficio de presupuestos o requisitos procesales; subsanación de defectos; aumento de los poderes de dirección del órgano jurisdiccional; mayor concentración, inmediación y oralidad. Consta de una fase de alegaciones escritas y de una fase «concentrada» de juicio oral.

En la práctica, con características distintas, según la persona del titular del órgano jurisdiccional y según, también, la «carga competencial» soportada, muy diferente en pequeños núcleos de población que en los grandes núcleos urbanos, este proceso se ha transformado a veces en un proceso «seudo oral», pues el juicio no se celebra necesariamente por corruptelas de la práctica ante el propio órgano judicial, sino ante funcionarios de otro carácter, ya sean secretarios u oficiales; y por medio de suspensiones sucesivas del acto, arbitradas también en la práctica, la «concentración» posible se ha diluido como si de un proceso escrito se tratara.

Es muy difícil, por la gran variedad de circunstancias, establecer duraciones medias, pero entiendo que cualquiera se daría por satisfecho si la primera instancia durara seis meses y con el recurso de apelación se dilatara un año como máximo.

No obstante, dejamos a salvo la posibilidad de duraciones menores en todos los casos (juicio de mayor cuantía, de menor cuantía y de cognición), porque al responder la demarcación judicial a criterios geográficos y demográficos ya superados, puede haber Juzgados con pocos asuntos o con una carga racional que permita el cumplimiento de las leyes procesales.

1.1.1.5. *El juicio verbal*

Es un proceso simple, sustancialmente oral, que se inicia por medio de un escrito con requisitos identificatorios de las partes y de la pretensión, que se deduce sin mayores formalidades. Este escrito prepara la comparecencia ante la presencia judicial, acto que concreta las alegaciones y la proposición y práctica de las pruebas (a salvo que no puedan practicarse en el acto, en cuyo caso se conceden hasta doce días para tal fin, o que se otorgue el plazo extraordinario de prueba).

Los órganos jurisdiccionales que conocen por medio de este proceso son los Jueces de Paz y los Jueces de Distrito. Los Jueces de Paz conocen, en juicio verbal, de las demandas cuya cuantía no exceda de cinco mil pesetas y los Jueces de Distrito son competentes para conocer, también, de las demandas cuyo interés no exceda de cincuenta mil pesetas.[9]

En grado menor, no se han visto libres estos procesos de lacras dilatorias y de corruptelas escriturarias.

1.1.2. *Quejas que origina el sistema y motivan la búsqueda de alternativas*

Las quejas que origina el sistema hacen hincapié, sobre todo, en la lentitud y en la carestía del proceso civil y mucho menos se traducen en la «contestación» al propio sistema jurisdiccional o en dudar de la fiabilidad de los Jueces; criterio de confianza, o simplemente de creencia en su neutralidad, que no se hace extensivo a los demás funcionarios judiciales, si bien en los últimos tiempos, no tanto en el aspecto civil como en el penal, se vienen produciendo críticas, justificadas unas y «politizadas», sin argumentos suficientes, otras, que a medio plazo pueden desembocar por erosiones sucesivas en una crisis de credibilidad hacia los jueces en conjunto.

Las causas de las quejas, que denuncian carencias objetivas del sistema procesal civil cuyo resultado es la ineficacia, son múltiples:

1. Contingente de personal judicial y funcionarial complementarios, notoriamente insuficientes.
2. Mala distribución de este personal.
3. Aumento creciente de la conflictividad litigiosa.
4. Deficiente organización judicial y funcionarial complementaria en las grandes poblaciones.

9. ALMAGRO, *Los procesos declaratorios ordinarios*, en *Derecho procesal* (tomo I, vol. I) (obra colectiva), Valencia, 1986, pp. 499 y ss.

5. Infradotaciones económicas para gastos corrientes e inversiones.
6. Oficina judicial, no informatizada, en líneas generales.
7. Leyes procesales obsoletas.
8. Coyunturalmente, tensiones entre el Poder Judicial y el Gobierno.
9. Ausencia de una pedagogía para educar al ciudadano en el respeto al servicio de la Justicia y su utilidad y en la necesidad de su cooperación.

La búsqueda de alternativas correctoras del sistema en un plano general se ha orientado por parte de los gobernantes en dos direcciones: aumento de las dotaciones presupuestarias destinadas al servicio de la Justicia y actualización de los dispositivos legales. En este último aspecto, se ha promulgado una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/1985, de 1 de julio), que derogó las viejas leyes de 15 de setiembre de 1870 y 14 de octubre de 1882, entre otras, y están en curso, estudios preparatorios para promover un ordenamiento procesal de nuevo cuño. También se ha promulgado la Ley que suprime las «tasas judiciales» o impuesto especial que gravaba las actuaciones procesales de parte.

No obstante el esfuerzo económico realizado, todavía las consignaciones presupuestarias destinadas a la Administración de Justicia, no alcanzan el grado suficiente para conseguir los objetivos mínimos necesarios que permitan disponer de todo el personal adecuado y de las instalaciones y medios convenientes.

De otra parte, la inmediata vigencia de la L.O.P.J., formalmente proclamada, no debe inducir a engaño, pues de las disposiciones adicionales y transitorias se infiere que la efectiva entrada en vigor de las nuevas normas exige complementos legislativos, que son inaplazables y cuya carencia contribuye a aumentar las incertidumbres y tensiones propias de toda situación de tránsito. Especial carácter indispensable reviste la nonata Ley de Planta de demarcación judicial y la esperada y no producida constitución legal de los Tribunales Superiores de Justicia. La L.O.P.J., sin el concurso de las normas que deben complementarla, es un «castillo de arena».

Tampoco la buena intención que alienta tras la promoción de los estudios conducentes a una reforma general del proceso, puede dejar sentir sus efectos a corto plazo, pues el necesario curso y desarrollo de estos proyectos requiere tiempo y una voluntad y esfuerzo político continuado, que dependen de un cúmulo de variantes.

En definitiva, con todos sus inconvenientes, por los problemas de todo orden que debería superar (políticos, económicos, constitucionales incluso, que dificultarían su tramitación parlamentaria), comienza

a tomar cuerpo la idea de una inevitable Ley de «medidas urgentes» que, con eficacia, realismo y respeto de garantías, trate de resolver la grave situación por la que atraviesa la Justicia española.[10]

1.2. *Las alternativas posibles dentro del propio sistema jurisdiccional*

Los inconvenientes del proceso, en cuanto tipo concreto, han tratado de remediarse, en todas las épocas históricas, según señalamos, desde la idea del proceso mismo, mediante la implantación consecuente de mecanismos correctores que hicieron surgir nuevas formas procesales. Algunos de estos «nuevos» mecanismos cumplieron su función histórica y aparecen hoy «devorados» por la propia inercia de los vicios y corruptelas, generados por el sistema en su conjunto.

1.2.1. *Los procesos «sumarios»*

Frente a los procesos plenarios, lentos y dispendiosos, las exigencias del tráfico mercantil facilitaron durante la Baja Edad Media, al socaire del desarrollo creciente del comercio, nuevos tipos procesales, que suelen clasificarse en dos grupos: 1) plenarios rápidos o sumarios indeterminados y, 2) sumarios determinados. Se diferencian, como ya apunté anteriormente, en la amplitud de la eficacia de la cosa juzgada y, a veces, en la limitación de los medios de defensa. Al primer grupo pertenece el ya referido juicio declarativo de menor cuantía luego transformado en un juicio declarativo más, siempre menos complicado que el juicio de mayor cuantía, pero insatisfactorio en la época actual, para resolver las exigencias de una tutela justa y eficaz de los derechos controvertidos. Al segundo pertenecen, en nuestro ordenamiento, los juicios posesorios (interdictos de retener y recobrar, de obra nueva y obra ruinosa), el juicio de «alimentos provisionales», el llamado «juicio ejecutivo» (con sus variedades), posiblemente, el juicio de desahucio y, ya fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para la protección de derechos reales inscritos en el registro de la propiedad.

De todos ellos es, sin duda, el «juicio ejecutivo» el que mayor importancia reviste por su frecuente uso y por su vitalidad, que han determinado una fuerza expansiva del mismo, y, que es desde otro ángulo

10. En la Memoria del Consejo General del Poder Judicial se lee lo siguiente: «Entre las causas generales figura la transformación social que se ha operado paulatinamente y a ritmo acelerado en los últimos tiempos con las consiguientes repercusiones en la vida de relación social que, por efecto de las conquistas del progreso, ha adquirido dimensiones y dado lugar a demandas sociales para atender a las cuales se han visto manifiestamente desbordadas las modestas formas organizativas de la Administración de Justicia, sin que, pese a algunos remedios parciales, se hayan instaurado las reformas previstas» (p. 12).

el que mayor interés ha suscitado en cuanto a su estudio por la doctrina patria y extranjera.

El «juicio ejecutivo», equivalente español del proceso «documental» y «cambiario», exige un título al que la ley atribuya fuerza al efecto para su válida iniciación (escritura pública y documento privado, en determinadas condiciones; confesión ante Juez competente; letras de cambio, con algunos requisitos; títulos al portador o nominativos y pólizas originales de contratos mercantiles, igualmente con requisitos adicionales). El examen judicial del título determina un *mandato de pago* con aseguramiento cautelar caso de impago, y una eventual fase contradictoria, de oposición del deudor y respuesta del actor inicial, esto es, con inversión de la posición procesal de las partes. Las causas de oposición están tasadas. El título debe documentar obligaciones vencidas, líquidas (o liquidables) y por cantidades superiores a cincuenta mil pesetas.

En la actualidad, el juicio ejecutivo se diversifica en modalidades especiales: juicio ejecutivo por letra de cambio, cheque y pagaré, juicio ejecutivo en reclamación de cantidades anticipadas para adquisición de viviendas en construcción, juicio ejecutivo regulado por el Decreto de 21 de marzo de 1968 sobre responsabilidad civil por el uso y la circulación de automóviles, y «procedimiento de apremio» en negocios de comercio.[11]

El juicio ejecutivo, tramitado sin dilaciones, es decir, ajustándose al cumplimiento de las leyes y liberado de los obstáculos que hay que suponer, por acumulación de asuntos, en las grandes capitales para que se efectúe el requerimiento de pago y se lleve a cabo el embargo de los bienes del deudor, puede prestar buenos servicios a los justiciables perjudicados y, en consecuencia, a la Administración de Justicia en general.

1.2.2. *Los procesos «especiales»*

Otro medio alternativo, dentro del propio sistema jurisdiccional, para atenuar los rigores del proceso declarativo ordinario, o excluir su aplicación, han sido los procesos «especiales». El método, explicable en determinadas circunstancias, a la larga siempre resulta recusable, pues fomenta la inseguridad jurídica, y termina incidiendo en la vulneración del principio de igualdad ante la ley. Estos procesos especiales son procesos declarativos plenarios referidos a determinadas y específicas pretensiones y nacen generalmente como apéndice de leyes materiales.

11. CORTÉS, *Derecho procesal, ob. cit.*, tomo I, vol. II, Valencia, 1986, páginas 134 y ss.

Las distintas inspiraciones legislativas y la diversidad de modelos a que responden, originan en muchas ocasiones diferencias injustificadas que contribuyen a entenebrecer el panorama procesal.

En algunos casos, sin embargo, los procesos especiales que deberían ser simples especialidades procesales por razón del objeto litigioso, se explican como solución transitoria en tanto se produce una reforma general y sistemática del ordenamiento procesal.

Con propósito ejemplar, no exhaustivo, consignamos una relación de los más importantes:

1. Proceso civil especial de amparo de los derechos fundamentales ante los órganos de la jurisdicción civil (Ley de 26 de diciembre de 1978).
2. Procesos sobre incapacitación y prodigalidad (regulados actualmente por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, cuya disposición adicional remite al juicio de menor cuantía, remisión ratificada por la Ley 34/1984). La circunstancia de carecer la L.E.C. de especialidades procesales configuradoras de un proceso civil inquisitivo, determina algunas dificultades de adaptación procesal.
3. Procesos matrimoniales, objeto de atención más adelante.
4. Procesos de filiación, igualmente objeto de atención al examinar los anteriores.
5. Proceso de retracto (retractos legales y convencionales) regulado en la L.E.C.
6. Proceso en materia de propiedad industrial (Ley 11/1986, de 20 de enero).
7. Procesos de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley de 21 de julio de 1960).
8. Procesos de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas (Ley de 17 de julio de 1951) y cooperativas (Ley de 1974). No obstante, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Disposición Adicional 8.ª de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985.
9. Proceso para exigir responsabilidad civil a los funcionarios (Ley de 5 de abril de 1904).
10. Procesos para exigir responsabilidad civil a jueces y magistrados (L.E.C.) y proceso para la exigencia de responsabilidad directa al Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 y ss. de la L.O.P.J.).
11. Procesos especiales en materia de arrendamientos urbanos (*vid.*, más adelante).
12. Procesos especiales en materia de arrendamientos rústicos (*vid.*, más adelante).

1.2.3. *Nuevo sistema procesal (de «lege ferenda»)*

Las insuficiencias, de una parte, y los excesos, de otra, del complicado sistema procesal español, han llevado a la doctrina a mantener posiciones sumamente críticas, desde el comienzo del procesalismo científico. En un momento determinado (en la década de los años setenta) surgió una fuerte tendencia que tenía por norte la «corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En la actualidad, estas posiciones moderadas se han abandonado, ante el grave deterioro que padece la Administración de Justicia, y las voces más representativas de la nueva generación de procesalistas se inclinan, cada vez más marcadamente, hacia soluciones radicales.[12]

1.2.3.1. *Tipo procesal declarativo eminentemente oral*

En este sentido se proponen fórmulas que, desde una perspectiva constitucional de renovación de los estudios procesales, abogan por tipos únicos procesales (a ser posible extensibles a todos los órganos jurisdiccionales), con medidas cautelares eficaces, duración abreviada, fase de alegaciones escritas, con eventual comparecencia intermedia ante el órgano jurisdiccional con finalidades de saneamiento procesal, aseguramiento y anticipación de las pruebas, en caso necesario y juicio oral (principio de concentración e inmediación) como centro del debate y eliminación al máximo de procesos especiales y sumarios con reducción a especialidades del objeto litigioso en aquellos que sea indispensable su mantenimiento.

1.2.3.2. *Mantenimiento del «juicio ejecutivo» e introducción del proceso «monitorio»*

En la línea anteriormente indicada se propugna, no obstante, el mantenimiento (con las modificaciones precisas que aconsejen su mayor eficacia) del «juicio ejecutivo» liberado de su carácter añejo de «sumario determinado», que está ya superado por la propia jurisprudencia y que, en definitiva, responde a un mal entendimiento de la extensión y límites de la cosa juzgada.

Asimismo, se considera la conveniencia de experimentar un proceso monitorio, sin las rigideces del documental (a cuyas necesidades adviene nuestro juicio ejecutivo) y sin llegar al monitorio puro, en cuanto exigiría un principio de prueba documental.

12. El primer intento está representado por el grupo de profesores, dirigidos por Prieto-Castro, que llevó a cabo la obra (inconclusa) titulada *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicada en dos tomos (Madrid, 1972 y 1974, respectivamente). La segunda línea se aglutinó en torno a las conclusiones a que llegaron un equipo de procesalistas, en las reuniones de Barcelona celebradas los días 27 al 29 de abril de 1981, como consecuencia de la conmemoración del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la perspectiva de la eficacia del proceso civil, «Para un proceso civil eficaz» (obra colectiva), Bellaterra, Barcelona, 1982.

1.3. *Los medios procesales alternativos no jurisdiccionales*

La corrección o enmienda del proceso jurisdiccional, esto es, la eliminación al máximo posible de sus inconvenientes o la suplencia de sus carencias, no desaconseja que se fomenten, al tiempo, técnicas alternativas de evitación o de sustitución del mismo proceso jurisdiccional. Estos medios procesales no jurisdiccionales no esquivan, en último extremo, de manera necesaria, la intervención jurisdiccional, ya sea por vía de auxilio o de cooperación, ya sea como único modo posible de ejecución de lo convenido o decidido (ejecución forzosa).

Si dejamos a un lado las fórmulas autodefensivas o autocompositivas de los conflictos o litigios, los demás medios (heterocompositivos no jurisdiccionales) exigen la intervención de un tercero (mediador, conciliador, árbitro) y un método de actuación o de procedimiento, siquiera sea informal:

1.3.1. *La mediación*

El mediador es una persona elegida o admitida por las partes en litigio, que, a diferencia del simple intermediario (que no ofrece soluciones), intenta ponerlas de acuerdo, proponiéndoles una solución que no tiene carácter vinculante, pero que caso de ser aceptada establece la paz jurídica entre los interesados.

Como tal institución no se encuentra regulada en nuestro Derecho, lo que no impide que el litigio civil pueda superarse por este medio.

Está, sin embargo, prevista la mediación como un medio de solución de los conflictos colectivos de trabajo, según se dirá en su lugar.

1.3.2. *La conciliación*

La conciliación es un medio procesal de evitación de conflictos, análogo a la mediación, de la que se diferencia porque el conciliador más que proponer soluciones lo que hace es, previo el examen de los hechos y de las consideraciones jurídicas atinentes en diálogo abierto con las partes, aproximar las posiciones de los interesados para conseguir que lleguen a un acuerdo, cuyos puntos concretos, en muchas ocasiones, también sugiere. Generalmente, la conciliación (que es acti-

vidad privada perfectamente lícita), se atribuye, con carácter institucionalizado, a órganos de Derecho Público que responden a determinadas reglas de organización y funcionamiento. Estos órganos pueden ser jurisdiccionales, aunque no necesariamente tienen que serlo, y en algunos casos ni siquiera es conveniente que lo sea. Desde luego, la actividad conciliadora no es propiamente jurisdiccional. Sólo razones de garantía o de «cercanía» al litigio explican la intervención jurisdiccional en funciones de conciliación. La aceptación de la conciliación está, también, en razón directa de la eficacia que se atribuya a lo convenido en la misma. En general, es conveniente equiparar el acuerdo a un título de ejecución.

En atención, pues, a la naturaleza del órgano conciliador, cabe hablar de una *conciliación judicial* y de una *conciliación no judicial*. Por razón del momento en que puede producirse, se distingue entre una *conciliación preprocesal* o anterior al inicio del proceso y una *conciliación intraprocesal* o arbitrada dentro del proceso ya iniciado. Además, según que sea o no exigible el intento de celebrar el acto conciliatorio, se diferencia una *conciliación obligatoria* de una *conciliación voluntaria*.

La conciliación ha pasado en España por muchas vicisitudes. Su origen como actividad tendencialmente obligatoria y preprocesal se halla en los litigios mercantiles y en las Ordenanzas de Burgos, Sevilla y Bilbao (siglo XVI).[13] En la Constitución de 1812 se generalizó con carácter obligatorio a asuntos civiles y mercantiles.

La L.E.C. reguló la conciliación, con carácter obligatorio, hasta la reforma de la Ley 34/1984, que suprimió el carácter preceptivo de la conciliación preprocesal en los asuntos civiles, aunque introdujo la obligatoriedad de la nueva conciliación, que estableció como uno de los contenidos necesarios de la comparecencia obligatoria del juicio de menor cuantía (conciliación intraprocesal). Pero mantiene la regulación de la conciliación preprocesal con carácter potestativo.

A esta situación se llegó tras un período de decadencia que un conocido comentarista[14] describía con estas palabras: «la conciliación está reducida hoy a una mera formalidad previa y ociosa en muchos casos, intentada por el actor más que con el objeto de conciliarse con el de ser admitido a juicio».

Es curioso, sin embargo, que frente a esta realidad española resurja hoy en el mundo la importancia de la conciliación como medio de evitar conflictos.

No obstante, rige con carácter obligatorio la conciliación judicial

13. MONTERO, *ob. cit.*, p. 310.
14. MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Madrid, 1953, 7.ª ed., pp. 537 y ss.

en los asuntos laborales, llevada a efecto ante el propio órgano que conoce del litigio. Antes de esta conciliación judicial se exige, además, otra administrativa, según veremos en el apartado correspondiente.

También, en determinadas materias que son examinadas, como la anterior, en otro lugar, se regulan conciliaciones especiales.

1.3.3. *El arbitraje*

El arbitraje como institución por lo que una o más personas, elegidas o designadas indirectamente por las partes, dan solución a un conflicto de intereses cuya decisión previamente éstas se han comprometido a aceptar, tiene, en España, amplia y rica tradición histórica.

Los formalismos en que incurre la Ley actual (en trance de sustitución por otra muy progresiva), de 22 de diciembre de 1953, dieron al traste con el desarrollo del arbitraje como instrumento «descongestionador» del trabajo jurisdiccional. Se espera que la anunciada nueva ley de arbitraje privado (que comprende como la anterior no sólo el arbitraje comercial, sino también el civil «*strictu sensu*» sobre materias disponibles) contribuya a desviar un número apreciable de asuntos hacia este medio sustitutivo del proceso jurisdiccional. Pero de momento no es más que una ilusión.

Otros arbitrajes, denominados obligatorios, administrados por Tribunales que de «arbitral» sólo tenían el nombre, pues encubrían jurisdicciones específicas, al margen de los tribunales ordinarios, han sido objeto de amortización por supresión llevada a efecto por la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: Tribunales arbitrales de censos y Tribunales arbitrales de seguros.

2. PROCESOS JURISDICCIONALES Y NO JURISDICCIONALES POR ÁREAS ESPECIALES DE LITIGIOS CIVILES

2.1. *Protección del consumidor / demandas de pequeña cuantía / cobro de deudas: por medio de procesos jurisdiccionales o por actos medios / proceso «sumario» frente a proceso ordinario*

Protección del consumidor / ...

La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, desarrolló los preceptos constitucionales de tutela a los ciudadanos en sus funciones de consumidores o usuarios a ejemplo de lo acontecido en la evolución del Derecho de otros Estados.

Se atribuye a las asociaciones de consumidores o usuarios que tengan como finalidad de defensa de sus intereses, la representación de

sus asociados y legitimación para ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, y también de los intereses generales de aquellas categorías (art. 20).

Estas asociaciones gozan también del beneficio de justicia gratuita.

La Ley promete el establecimiento por el gobierno de «un sistema arbitral que sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y efectivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurran intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito...».

«El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.»

«Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las administraciones públicas...» (art. 31).

... / demandas de pequeña cuantía...

Según anteriormente se indicó al establecer el cuadro de los procesos declarativos, las reclamaciones por cantidades no superiores a cincuenta mil pesetas tiene asignadas un proceso muy abreviado de carácter verbal (juicio verbal), cuya simplicidad es la nota característica.[15]

En el orden jurisdiccional laboral, las cantidades hasta de mil quinientas pesetas (cifra hoy ridícula como cuantía de litigiosidad) tienen reservadas un procedimiento simple, si bien complicado en cuanto al órgano jurisdiccional que debe resolver, que puede ser o el magistrado de trabajo o por delegación el Juez de Paz. En verdad este proceso es una reliquia, sin significación, destinado a desaparecer.

... / cobro de deudas: por medio de procesos jurisdiccionales o por otros medios...

En general, el cobro de dedudas como cualquier otra reclamación se ajusta a las reglas generales ya enunciadas a propósito del sistema español.

Las deudas líquidas (o liquidables conforme a un método mecánico y establecido legalmente), vencidas y superiores a cincuenta mil pesetas que consten en título al que la Ley reconozca fuerza ejecutiva, pueden reclamarse por medio del llamado juicio ejecutivo.

15. MANRESA señala, al tratar de los antecedentes históricos del juicio verbal que éstos son tan antiguos como la Administración de Justicia y trae a cita el texto de Las Partidas (Ley 41, título II de la Partida 3.ª), que dice: «E esto tovieron por bien los sabios antiguos, porque los pleytos pequeños se pueden librar mas ayna e sin grad costo», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Madrid, 1955 (7.ª ed.).

De otra parte ya hemos señalado que en el ordenamiento español no hay proceso monitorio.

Propiamente no existen otros medios, fuera del cumplimiento voluntario de las obligaciones, de compeler al pago, a excepción de lo que resulta del principio de autotutela y autoejecución que corresponde a la Administración respecto de sus créditos, especialmente impositivos, contra los administrados, sin perjuicio de la revisión de los actos en vía contencioso-administrativa.

En el orden privado puede citarse como medio indirecto de compeler al pago, el ejercicio del *derecho de retención*, atribuido por el Código Civil y por el Código de Comercio a determinadas deudas.[16]

... / proceso «sumario» frente a proceso ordinario

En el subepígrafe anterior nos referíamos a la aplicación del juicio ejecutivo frente al ordinario, respecto de algunas deudas, conforme a las noticias ya consignadas al tratar de las alternativas que dentro del sistema jurisdiccional pueden producirse al tratar en particular de los procesos «sumarios». En ese punto hemos establecido la distinción, operativa en nuestro Derecho, entre procesos «sumarios» y procesos «especiales».

No obstante, en un sentido lato, «sumario», que significa breve, alude exclusivamente a proceso sencillo y rápido, frente a proceso ordinario, sinónimo, en otro aspecto, de formal o solemne. Después de lo comentado sobre los procesos abreviados especiales, juicio de menor cuantía y juicio verbal, nada más cabe añadir.

2.2. *Arbitraje en materia comercial frente a proceso jurisdiccional*

El arbitraje como alternativa, aunque en nuestro Derecho no puede (ni debe) sustituir a la jurisdicción con carácter necesario (no cabe el arbitraje obligatorio), supone, si es fomentado convenientemente y si se disponen de medios legales adecuados y no entorpecedores, un razonable instrumento de encauzamiento de la litigiosidad y de alivio a las presiones que la carga de trabajo impone a los órganos jurisdiccionales.

En España, el arbitraje comercial no se distingue del arbitraje sobre materias de Derecho civil «*stricto sensu*»; constituyen Derecho privado, a cuyo ámbito, en todo lo que sean materias jurídicas disponi-

16. ALMAGRO, *Significación procesal del derecho de retención*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, julio-septiembre de 1968.

bles, se extiende la eficacia de los convenios arbitrales que someten las diferencias presentes o futuras, surgidas de relaciones jurídicas determinadas, a la solución de uno o varios árbitros, ya sea para resolver en Derecho, ya sea para resolver en equidad, conforme a reglas de procedimiento cuyo fin es la obtención de un laudo al que la Ley equipara con una sentencia judicial a los efectos de su posible ejecución forzosa.[17]

La vigente Ley de Arbitraje privado, de 22 de diciembre de 1953, no se ha mostrado como un instrumento eficaz para el desarrollo del arbitraje en España. Se han señalado como principales defectos, su exceso de formalismos; la distinción entre contrato preliminar de arbitraje y contrato de arbitraje propiamente dicho, que se manifiesta en una posible litigiosidad previa al inicio del eventual proceso arbitral, y la ausencia de regulación del arbitraje institucional, que se encuentra, en general, prohibido por la imposibilidad de deferir a un tercero el nombramiento de árbitros, con lo cual no cabe encomendar a una persona jurídica la administración del arbitraje.

Al parecer, sin embargo, esta situación puede cambiar rápidamente, pues se halla en fase muy avanzada de trabajo para su presentación a trámite parlamentario un proyecto de Ley arbitral que, en lo que conocemos, responde a las modernas exigencias del Derecho comparado.

En lo que concierne al arbitraje comercial internacional, en España se ha pasado, en poco tiempo, desde las dificultades que concitaba la obtención del «*exequatur*» de un laudo extranjero a la asunción plena y sin reservas del Convenio de Nueva York, en condiciones incluso más abiertas a los intereses internacionales que las aceptadas por Estados como Alemania, Austria, Francia, Estados Unidos o Unión Soviética, entre otros.[18]

2.3. *Protección de los inquilinos y colonos (arrendamientos urbanos y rústicos): por medio de procesos jurisdiccionales o por otros medios procesales*

2.3.1. *Arrendamientos urbanos*

La protección al inquilino se manifiesta, en nuestro Derecho, principalmente, por la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 24 de diciembre de 1964. Esta Ley, inspirada en criterios limitativos del principio de autonomía de la voluntad, dedica a la materia procesal el capítulo XII (Jurisdicción, competencia, procedimiento y recursos).

17. GIMENO, *Derecho procesal*, t. I, vol. II (obra colectiva citada), p. 482.
18. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980, pp. 52 y ss.

Establece la Ley determinadas especialidades (enervamiento de la acción y rehabilitación de plena vigencia del contrato, entre las más destacadas) que inciden en los *procesos de desahucio* (procesos sumarios) que se sigan por falta de pago de la renta ante los jueces de distrito. Los demás litigios, según se refieran a viviendas o locales de negocio, se atribuyen, respectivamente, al conocimiento de los jueces de distrito que deciden por las normas del juicio de cognición y al conocimiento de los jueces de primera instancia, que deciden conforme a las reglas del juicio incidental (procedimiento abreviado) con determinadas modificaciones.

La resolución de las controversias arrendaticias urbanas por medios diferentes a los estrictamente jurisdiccionales, apenas tiene importancia. Se pueden señalar, en este sentido, las limitadas atribuciones que para establecer algunas indemnizaciones relacionadas con contratos de esta naturaleza correspondan a las *Juntas de Estimación* (organismo en contradicción con nuestro Derecho actual y prácticamente en desuso). Más interés revisten por el desarrollo que en el futuro pudieran desenvolver los *Servicios de Arbitraje* de que deben disponer las *Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana* (R.D. 1.649/1977, de 2 de junio), cuyo reglamento de arbitraje fue aprobado por Orden de 29 de marzo de 1979.

2.3.2. *Arrendamientos rústicos*

La protección a los arrendatarios de fincas rústicas (colonos) que remonta sus antecedentes legislativos a 1935, se rige hoy por la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, que dedica el título III (arts. 121 a 137) a la «jurisdicción en materia de arrendamientos rústicos y aparcerías».

Los Jueces de Distrito conocen, en todo caso, del juicio de desahucio por falta de pago de la renta convenida en los arrendamientos o cantidades asimiladas. Tal como acontece en los arrendamientos urbanos, los institutos del enervamiento de la acción y de la rehabilitación de plena vigencia del contrato dejan sentir sus efectos en esta materia.

En los litigios que se promuevan sobre derechos que se funden en la L.A.R., la determinación de la competencia objetiva, depende de la cuantía del objeto. Si no sobrepasa la cantidad de quinientas mil pesetas, el asunto corresponde al conocimiento del Juzgado de Distrito. Si sobrepasa esa cuantía, corresponde al Juzgado de Primera Instancia. En todo caso, el proceso a seguir es el «juicio de cognición», con algunas modificaciones.

Como manifestaciones de medios alternativos no jurisdiccionales,

se pueden señalar las funciones encomendadas al *Instituto Nacional de Desarrollo Agrario* y, especialmente, a las *Juntas Arbitrales*. Las primeras son de mediación obligatoria en algunos casos. Las segundas, son de tipo conciliatorio e incluso de composición arbitral obligatoria, convirtiéndose en un procedimiento preliminar de carácter administrativo previo a la jurisdicción ordinaria.

En conjunto, estas atribuciones seudojurisdiccionales han sido acogidas desfavorablemente por la doctrina.[19]

2.4. *Protección de los trabajadores: protección jurisdiccional y protección por otros medios, especialmente de defensa colectiva*

2.4.1. *Protección jurisdiccional*

La protección jurisdiccional suscitada por los *conflictos individuales* que se produzcan entre empresarios y trabajadores, como consecuencia del contrato de trabajo y por determinados *conflictos colectivos* (que afectan a una generalidad de trabajadores en cuanto tal), corresponde, dentro del principio de unidad de jurisdicciones, garantizado por la Constitución, a un orden jurisdiccional especializado, el orden jurisdiccional social, según la vigente L.O.P.J. Transitoriamente, constituye un orden jurisdiccional propio (jurisdicción de trabajo) en vías de integración (futura desaparición de las Magistraturas de Trabajo, transformadas en Juzgados de lo social, y amortización del Tribunal Central de Trabajo, cuyas funciones serán asumidas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia).

Este orden jurisdiccional cuenta con una Ley de Procedimiento Laboral (texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 1.568/1980 de 13 de junio), que establece procedimientos y recursos específicos en relación con el sistema procesal general, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene carácter de derecho supletorio.

El proceso ordinario consta de demanda escrita y juicio oral (inmediación y concentración), en el que ratificada o ampliada la demanda y contestada ésta, con posible reconvención, se procede a la admisión y ejecución de las pruebas propuestas, sin formalidades en los interrogatorios personales; resumidas oralmente las conclusiones se termina el acto y el Juez, en plazo legalmente breve, dicta sentencia.

Como procesos especiales se regulan el relativo a despidos y sanciones, extinción del contrato por causas objetivas, vacaciones, elecciones, seguridad social y clasificación profesional, entre otros.

El proceso laboral ha merecido elogios por su sencillez y antiformalismos. En los últimos tiempos, el aumento de la litigiosidad laboral ha traído como consecuencia graves atascos que dificultan el funcionamiento normal de estos órganos de la jurisdicción laboral al producirse grandes retrasos.

19. ALMAGRO, *Derecho procesal*, t. I, vol. II (obra colectiva citada), pp. 336 y ss.

2.4.2. *Protección por otros medios, especialmente de defensa colectiva*

El *Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación* creado por R.D.L. 5/1979 de 26 de enero, con el carácter de organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, tiene atribuidas las funciones que comprende su enunciado, además de otras menores, de carácter administrativo.

Hasta ahora, las funciones que puedan corresponder a los *Tribunales Arbitrales Laborales* que instituye, no han tenido desarrollo normativo.

En cambio, sí lo han tenido las dos restantes funciones:

La *Conciliación*, con carácter obligatorio, es requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento laboral ante la Magistratura de Trabajo, y el acto debe intentarse ante un funcionario, licenciado en Derecho, del referido Instituto.

También en cualquier momento de una negociación o de una controversia colectiva, los trabajadores y empresarios, pueden solicitar del Instituto la designación de un mediador imparcial. La *mediación*, solicitada por los comparecientes en conflictos u ofrecida por el I.M.A.C. y aceptada por las partes, se realiza con carácter inmediato. El mediador que tiene facultades para convocar a las partes, someterá a éstas la propuesta de solución que considere justa. La aceptación por las partes de la propuesta del mediador tendrá la eficacia de un convenio colectivo (R.D. 2.756/1979).

En materia de representación colectiva, corresponde a los *delegados de personal* (empresas de menos de cincuenta trabajadores) y a los *Comités de Empresa* (empresa de más de cincuenta trabajadores), como órganos de representación, el ejercicio de los derechos reconocidos con aquel carácter.

Son estos representantes, los propios trabajadores por acuerdo mayoritario, o las organizaciones sindicales en determinados supuestos, los que ejercitan el *derecho de huelga*, como «*ultima ratio*» autodefensiva de los trabajadores (R.D.L. 17/1977, de 4 de marzo).

No obstante, los conflictos colectivos pueden resolverse por medio del «procedimiento de conflicto de trabajo» (cuando los trabajadores utilicen el procedimiento de conflicto colectivo no podrán ejercer el derecho de huelga).

Son competentes para conocer de estos conflictos las autoridades administrativas laborales y el orden jurisdiccional laboral. El planteamiento del conflicto ha de hacerse por escrito ante la autoridad labo-

ral que intenta, primero, la avenencia de las partes: si las partes no llegan a un acuerdo, ni logran designar uno o varios *árbitros* a los que someten la decisión del conflicto, podrá continuar la tramitación del mismo ante la jurisdicción laboral, sólo «si el conflicto derivase de discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente».

2.5. *Derecho familiar (divorcio): proceso sumario frente a proceso ordinario*

El Derecho de familia español ha experimentado un profundo cambio como consecuencia de los principios que establece la Constitución de 1978: matrimonio con plena igualdad jurídica y regulación por Ley de las causas de separación y disolución; igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y admisión de la investigación de la paternidad.

La Ley 11/1981 modificó el Código Civil en lo concerniente a la «paternidad y filiación», de conformidad con los nuevos criterios constitucionales. Al promulgarse la Ley 34/1984, reformadora del enjuiciamiento civil, se cambió el régimen procesal por el que debía decidirse las acciones sobre filiación, paternidad y maternidad hasta entonces remitidas al juicio de mayor cuantía, y desde ahora asignadas al juicio de menor cuantía, con el propósito, sin duda, de hacer menos oneroso y dilatado el proceso, aunque sin olvidarnos de cuanto se ha expresado en relación con la eficacia de este último instrumento procesal.

El Derecho matrimonial experimentó también una notable transformación con la Ley 30/1981, al establecer un sistema facultativo de matrimonio civil y matrimonio religioso y, sobre todo, al regular el divorcio. Procesalmente, la referida Ley en sus disposiciones adicionales reguló, de manera provisional, las cuestiones que se suscitaban. Estas normas han sido ratificadas por la Ley 34/1984, reformadora de la L.E.C.:

1. La competencia objetiva para conocer de estas materias corresponde al Juez de Primera Instancia o a los *Juzgados de Familia*, en aquellas poblaciones en que se hubieren creado estos órganos especializados.
2. Las demandas de separación y divorcio (excepto proceso incoado por voluntad concorde de los cónyuges), nulidad por algunas causas y las que no tengan señalado un proceso especial, se dilucidan por medio del proceso de *incidentes*, con ciertas modificaciones.

Esta remisión legal, que en la L.E.C. carece de autonomía propia (pues sirve para decidir, como su nombre indica, cuestiones incidentales conexas a la principal), pero que tiene una tramitación sencilla

(demanda, contestación, recibimiento a prueba, plazo común para proponer y practicar, vista y sentencia) y breve en cuanto a plazos —al menos legalmente, aunque otra cosa ocurra en la práctica—, denota la preocupación del legislador por zafarse de los procesos formales.

3. Mayor abreviación de trámites ofrecen aún las peticiones de separación o divorcio presentadas de acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. El proceso carece de carácter contradictorio y se limita a constatar que el convenio de los cónyuges se ajusta a ley y no perjudica los derechos e intereses de los hijos menores.
4. Algunas demandas de nulidad fundadas en otras causas que las incluidas en el número 2 se sustancian por los trámites del juicio ordinario, en la actualidad juicio de menor cuantía.[20]

2.6. *Otras áreas (transportes y seguros)*

2.6.1. *Transportes*

El actual proyecto de ley sobre ordenación de los transportes terrestres, teniendo en cuenta el precedente inmediato de las llamadas *Juntas de Tasas* (ya extinguidas), previene la creación de las *Juntas Arbitrales de Transporte*, dentro del marco jurídico de la legislación para la defensa de consumidores y usuarios.

Estas Juntas, que tendrán funciones arbitrales, se regirán por un «procedimiento que se caracterice por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales».

2.6.2. *Seguros*

La Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación de los seguros privados, al regular la «protección del asegurado», crea (art. 34) unas «*comisiones de conciliación*» que, en realidad, son órganos más de arbitraje que de conciliación. Según la Ley, «el procedimiento de las Comisiones de Conciliación se ajustará al principio de sumariedad... las Comisiones resolverán el conflicto según su leal saber y entender y su laudo será firme y ejecutivo».

20. MORENO, *Derecho procesal*, t. I, vol. II (obra colectiva citada), pp. 204 y siguientes.

3. Resumen

3.1. *La elección entre formalización y desformalización de los procesos civiles*

La elección planteada en los términos enunciados no debe conducir a soluciones «maniqueas». Siempre han distinguido los juristas entre las *formas*, que son expresión misma del Derecho, concebido como «*garantía*», y el «*formalismo*» o abuso de las formas, como exceso que propicia la sustitución de las realidades por meras apariencias. Un proceso formalista es un proceso que puede esconder, bajo apariencia de justicia, las mayores iniquidades, algunas tan obvias como la tardanza en la obtención de la sentencia final o su extraordinario costo. Pero un proceso sin formas es un instrumento de arbitrariedad que, con la apariencia también de hacer justicia, instituye como ideal la figura de un Juez justiciero frente a la de un Juez justo.

No hay panaceas, no hay «productos mágicos». Es necesario despertar la conciencia ciudadana para conseguir que las inversiones en justicia (económicas y sociales) tengan el nivel adecuado para satisfacer todas las prestaciones que aquéllos demanden. Y estimular a los gobiernos para que se sientan solidarios en la empresa de la reforma de la justicia. Inversiones para el servicio público de la Administración de Justicia, buenas leyes procesales que consigan rapidez en la resolución sin merma de garantías, y buenos jueces formados en el Derecho y abiertos a las realidades de nuestro tiempo. Éstas son las simples metas.[21]

3.2. *La elección entre procesos jurisdiccionales y otros medios procesales institucionalizados*

Tampoco esta elección puede plantearse en términos disyuntivos. Los medios alternativos al proceso jurisdiccional deben fomentarse y estimularse, pero en último extremo no puede sustituirse el proceso jurisdiccional por un medio alternativo no jurisdiccional, con el carácter de prevención general: siempre deberá respetarse el derecho a la jurisdicción, a la tutela efectiva de los órganos jurisdiccionales, del justiciable.

Hace falta, sin duda, «rejuvenecer» en muchos casos las leyes procesales, suprimir trabas para acceder a la Justicia, agilizar el proceso, regular con acierto las medidas cautelares, simplificar la ejecución,

21. Denti, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alnative*, *Rivista de Diritto Procesuale*, julio-septiembre de 1980, pp. 435 y ss.

abaratar la Justicia..., pero no se puede ni se debe eliminar el proceso civil.

Recordamos las palabras de un insigne procesalista hispano que, al tratar este punto concreto de la supresión del proceso civil como alternativa hipotética, considera los desastrosos e inicuos resultados de las iniciativas de Baumbach; «que en la propia Alemania sojuzgada encontró críticos que lo combatieron».[22]

22. Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y defensa*, México, 1970, p. 223.

CAUSAS HISTÓRICAS DE LA INEFICACIA DE LA JUSTICIA*

VICENTE GIMENO SENDRA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante (España)

SUMARIO:

I. LA EFICACIA DE LA JUSTICIA

Antes de abordar el tema de nuestra ponencia conviene, como cuestión previa, que determinemos lo que debe entenderse hoy por «eficacia de la justicia», habida cuenta de que el término «eficacia» no encierra un concepto jurídico, sino un estándar que precisa ser integrado por una valoración social colectiva, la cual, como es evidente, no puede resultar la misma a través de todas las sociedades y tiempos.

En nuestra sociedad contemporánea, y con arreglo a la jurisprudencia establecida por nuestros más altos tribunales (Europeo de Derechos Humanos, Constitucionales o Supremos), puede afirmarse que una Administración de Justicia es eficaz cuando en ella concurren las siguientes garantías o notas esenciales: *a*) Libre ejercicio del derecho

* VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, agosto de 1987, Ponencia General.

de acción y de defensa, *b*) solución del conflicto en un plazo razonable (sin dilaciones indebidas) por un órgano independiente y mediante la aplicación del Derecho a la relación jurídico-material debatida, y *c*) existencia en los procesos de unas medidas cautelares y de ejecución que posibiliten la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (*cf.* arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, 6 y 13 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos).

La idea, pues, de la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción, igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución del conflicto, mediante el descubrimiento de la relación jurídico-material debatida y la aplicación a ella del derecho objetivo, y con los mínimos costes para las partes. Celeridad, economía y justicia material conforman los nuevos postulados del modelo procesal del Estado Social de Derecho, que se han venido a superponer a los ya clásicos del liberalismo.

Tales nuevas exigencias de la sociedad contemporánea, como es sabido, no han surgido de la improvisación sino, antes al contrario, son fruto del propio curso de la Historia, en la que en cada una de sus más importantes etapas se ha podido constatar la existencia de un modelo específico de organización social y, con ella, de la justicia, de tal suerte que a la sociedad feudal corresponde un tipo de justicia, que podríamos denominar *estamental*, a la del Estado Moderno de los siglos XVIII y XIX una justicia liberal, y a la del Estado contemporáneo, una justicia *social*.

II. La Justicia estamental

A) *La organización judicial*

Desde un punto de vista orgánico, la administración de justicia en el Bajo Medioevo Europeo adolecía de todos los defectos del sistema feudal: al igual que la fragmentación política del Estado coexiste la de la propia Jurisdicción, que es ejercida por una multiplicidad de jurisdicciones especiales (eclesiástica, real, corporativa o gremial, municipal etc....),[1] cuyo común denominador es la falta de «independencia judicial», en un sistema judicial en el que, bien no aparecían diferenciadas la función legislativa de la judicial (*vgr.* la *Urteilsschelte* o

1. Tarufo, *Cause storiche del l'inefficienza della giustizia*, «Ponencia nacional italiana», Utrecht, 1987, p. 1.

sentencias de censura de las asambleas populares del derecho germánico),[2] bien el Monarca concentraba todos los poderes, siendo los tribunales una mera emanación o delegación suya.

Naturalmente, han sido pocas las instituciones judiciales que se han mantenido vigentes desde aquella primitiva organización social, por lo que nos limitaremos a señalar las que han adquirido un mayor arraigo o difusión en los Estados contemporáneos, debiéndose citar expresamente a los tribunales de escabinos y al nacimiento de los Tribunales Supremos.

a) *Los Tribunales de Escabinos*

Los *rachimburgi* de la Ley Sálica o *scabini* del antiguo derecho franco eran representantes del pueblo que, presididos por un delegado del poder real *(el comes)*, constituían un colegio único, a quien, en caso de conflicto, acudían las partes y a quien incumbia la función de emitir una propuesta de sentencia a la asamblea popular, que definitivamente fijaba su contenido.[3]

En la actualidad, y en la esfera procesal civil, subsisten tribunales mixtos, constituidos por un juez técnico y diversos «asesores» legos en determinados países nórdicos (Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Holanda...) para el enjuiciamiento de determinados asuntos civiles de carácter rural, en materia de aguas, etc.[4]

Pero en donde ha tenido una mayor implantación el escabinado ha sido en la esfera del proceso penal, en donde el jurado anglosajón ha sido, durante el siglo XX, desplazado por esta forma de participación popular, tal y como examinaremos más adelante (*infra*, IV.a.b.).

b) *Los Tribunales Supremos*

Mucha mayor relevancia han adquirido los Tribunales Supremos que, en esta época histórica, aparecen en Europa, ligados al fortalecimiento del poder real con el advenimiento del Absolutismo y la recepción del Derecho Romano y, con él, la implantación de la «*apellatio*»

2. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1906, pp. 208 y ss., cit. por Calamandrei, *Opere Giuridiche*, VI, 1976, pp. 91 y ss.

3. Sobre los orígenes del Escabinado, véanse Benz, *Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß*, Lubeck, 1982, pp. 16 y ss.; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Berlín, 1961, pp. 204 y ss.; E. Schmidt, *Die Unabhängigkeit der Gerichte und der deutschen Strafrechtspflege*, Gotinga, pp. 41 y ss.

4. Fairen, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia*, Valencia, 1977, pp. 22 y ss.; Viikkonen, *Court Organization and Procedure*, «The finnish legal system», Ed. por Jaakko Uotila, Mikkeli, 1985; «The Netherlands judicial system», Council of Europe, United Kingdom, 1975.

y de la «*supplicatio*» imperial, que, desde el punto de vista político, van a contribuir a la unificación del Estado feudal mediante la concentración del poder jurisdiccional en el Monarca.

Son, en efecto, los consejos políticos del Rey quienes, en un primer momento como meros apéndices de la «justicia real de gabinete» y, a partir de los siglos XIV y XV como dotados ya de una mayor autonomía (la «*Curia Regis*», el *Reichskammergericht*, el Consejo Real), se convierten en órganos, a los que el Rey les concede por delegación suya la facultad de resolver todos los conflictos en tercera y última instancia.[5]

Lógicamente, en un sistema jurídico material en el que predominaba la dispersión normativa, ante la coexistencia del derecho real, junto con el romano, municipal y consuetudinario, la función de tales Tribunales Supremos no era la de unificar la jurisprudencia, sino la de aplicar el derecho a los casos concretos, utilizando amplias facultades cognoscitivas (apelación amplia).

Pero, en la medida en que el poder del Monarca se fue incrementando, precisamente para garantizar la supremacía de las Ordenanzas Regias dentro del derecho objetivo, surgió la casación como instrumento del Poder Ejecutivo para asegurar la aplicación preferente del derecho real por parte de los «parlamentos» o tribunales. A esta finalidad respondió en 1578 la segregación del «*Conseil des parties*» del «*Conseil du Roi*», quien, desde aquella fecha, y salvo las importantes modificaciones legislativas revolucionarias, ha venido conociendo hasta la actualidad de las «*demandes en cassation*».[6]

B) *El sistema procesal*

Si el derecho material de la Europa medieval presentaba un marcado carácter caótico, ante la multiplicidad de fuentes normativas, y la estructura judicial aparecía atomizada por la pluralidad de jurisdicciones especiales, no mejor fortuna tuvo el ordenamiento procesal que, hasta principios del siglo XIX, venía caracterizado por la coexistencia de solemnes procedimientos ordinarios, junto con múltiples procedimientos abreviados, tales como los sumarios y plenarios rápidos.

Con la recepción del derecho justinianeo y la influencia del canónico, se instaura en Europa un tipo procedimental ordinario (*el «solemnis ordo iudiciarium»*) que, conservando la *litis contestatio*, se caracterizaba por la vigencia de los principios dispositivo, de aportación, escritura, mediación, prueba legal o tasada y dispersión de los actos

5. CALAMANDREI, *Opere...*, *cit.*, VI, pp. 211 y ss.
6. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 295 y ss.

procesales como consecuencia de la posibilidad de impugnación (devolutiva y suspensiva) de las resoluciones interlocutorias.[7]

Si a la vigencia de tales principios se une una generosa concepción de la fase de alegaciones y del principio de igualdad de armas (demanda-contestación, réplica-dúplica, tríplica-cuadrúplica...),[8] la coexistencia, hasta su fusión, de la «*apellatio*», junto con la querella *nullitatis*[9] con unos plazos muy dilatados para el ejercicio de los recursos, el carácter amplísimo de la segunda instancia, el mantenimiento de medios extraordinarios de impugnación en el derecho intermedio, tales como la «*supplicatio*» y la «*restitutio in integrum*» o la existencia generalizada de tres instancias,[10] no resulta aventurado afirmar que el proceso común romano-canónico era un procedimiento excesivamente lento, oneroso, rigurosamente formalista y poco propicio para el descubrimiento de la verdad material.

Debido a la circunstancia de que el referido procedimiento tan sólo a lo sumo satisfacía las necesidades de una aristocracia rural, que podía perder su tiempo y dinero en largos y costosos litigios, pero que en modo alguno se manifestaba adecuado para dar una pronta respuesta a las exigencias del tráfico jurídico surgido con la expansión del comercio en el Mediterráneo, el derecho estatutario italiano conoció, durante los siglos XIII y XIV, el surgimiento de los procesos plenarios rápidos[11] que, inspirados en los principios de oralidad, concentración e investigación, trazados por la famosa *Saepe contingit* del Papa Clemente V (1306), pronto se expandieron por toda Europa.[12]

Paralelamente a la aparición de estos simples y rápidos procedimientos ordinarios, en los que se encontraba ausente la «*litis contestatio*», obtuvieron también los comerciantes los procesos sumarios ejecutivos, destinados a evitar la fase declarativa o a limitar las excepciones del deudor, que previamente se hubiese sometido a un *pactum executivum* o a determinados *instrumenta guarentigiata*.

La proliferación de los tales procedimientos sumarios, de los que hay que hacer una especial mención, por su eficacia y generalización, al procedimiento civil monitorio del derecho germánico (*el Manhver-*

7. CAPPELLETTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, pp. 34-42.
8. CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1922, p. 10.
9. *Cf.* MORENO-GIMENO-CORTÉS-ALMAGRO, *Derecho procesal*, t. I, vol. II, Valencia, 1986, pp. 31 y ss.
10. CALAMANDREI, *op. cit.*, VI, pp. 134, 140, 174 y ss.
11. Conforme a la denominación de BRIEGLEB (*Enleitung in die Theorie der summarischen Processe*, Leipzig, 1859, pp. 108 y ss.), recogida por FAIREN (*Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, p. 28, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953).
12. FAIREN, *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, pp. 443-444.

fahren),[13] fue tal, que los autores del siglo XVIII solían sistematizarlos hasta en cuatro categorías (*«ratione parva quantitatis»*, *«parvi perjudicii»*, *«urgentia necessitatis»* y *«miserabilium personarum»*).[14]

La importancia que para la construcción de un ordenamiento procesal civil eficaz han tenido los referidos procedimientos plenarios rápidos y sumarios es evidente, si se piensa que los nuevos principios procedimentales que incorporaron son los mismos que los que han presidido las grandes reformas del proceso civil ordinario de la edad contemporánea.

Ello no obstante, determinados países, entre los que hay que citar al mío, España, permanecieron anclados en esta etapa histórica, y, en vez de incrementar los principios de oralidad, inmediación e investigación en el proceso civil ordinario, optaron por una vía de signo inverso, consistente en extraer numerosos litigios del ámbito de aplicación del *«solemnis ordo iudiciarium»* y crear nuevos tipos de procedimientos especiales y sumarios más acelerados.[15] El resultado de esta política legislativa es que España cuenta con 4 procedimientos ordinarios y más de 60 especiales y sumarios, lo que ha obligado a mi Gobierno a anunciar una profunda reforma de los procedimientos ordinarios, que ha de acabar con esta caótica y profunda selva de procedimientos especiales.

III. La justicia liberal

La justicia «estamental», como es sabido, corrió la misma suerte que el Antiguo Régimen. Tras la Revolución Francesa, y a través de una serie de reformas, primero en lo orgánico y después en lo procesal, empezaron a sentarse las bases en los distintos Estados europeos de un nuevo modelo de justicia tendente a llevar a la práctica los valores de «libertad» e «igualdad» proclamados por el pensamiento liberal.

A) *La jurisdicción*

En el ámbito del derecho judicial orgánico se asiste a la configuración de la función judicial como un auténtico Poder dentro del Estado y al robustecimiento de su legitimación democrática, mediante

13. Chiovenda, *op. cit.*, p. 6; Calamandrei, *El proceso monitorio*, Buenos Aires, 1953, pp. 26-36.
14. Yáñez Parladorio, *Opera Juridica* (Colonia Allobrogum, sumptibus fratum de Tourmes, 1761, pp. 375 y ss.), cit. por Fairen, *Estudios*, cit., p. 376.
15. Moreno Catena, *Ponencia nacional española*, Utrecht, 1987, pp. 22-23.

la participación de los jueces legos, la instauración de la independencia judicial y la proclamación del principio de sumisión del juez a la ley en tanto que aplicación de la voluntad general.

a) *La Jurisdicción como Poder*

Frente a la multiplicidad de «jurisdicciones especiales», el nuevo Estado liberal se apresuró en abolirlas y en proclamar los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional. En adelante, pues, y con la sola excepción de la jurisdicción castrense en determinados países (pero ceñida exclusivamente al ámbito militar), la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponderá en régimen de monopolio a los juzgados y tribunales ordinarios.

La consagración, por otra parte, del principio del juez legal y consiguiente prohibición de los «tribunales de excepción» *(ad hoc o ad personam)*, de los que tanto se abusó en el Antiguo Régimen, proscribió las injerencias del Poder Ejecutivo en la constitución y funcionamiento de los tribunales, a la vez que garantizó la vigencia del principio de igualdad en el ejercicio del derecho de acción por los justiciables.[16]

La instauración de todo este conjunto de principios, hoy constitucionales, junto con la creación de otro grupo de garantías, tales como la casación o el recurso contencioso-administrativo, que, dentro del marco de la «división de poderes», otorgará a los tribunales la función de control de la legalidad, permitirá configurar a la Jurisdicción como el «más alto Poder de decisión del Estado».[17]

b) *Los Jueces Legos*

En cuanto a la legitimación de este «Tercer Poder del Estado», era natural, en un primer momento y en el pensamiento liberal, que, si la soberanía reside en el pueblo, la justificación del oficio judicial había que encontrarla en la propia participación del pueblo en la administración de justicia.

Esta idea, junto con la de Montesquieu de evitar la venalidad por parte de los «senados» permanentes, estimuló la instauración de la justicia popular o electa en determinados países, tales como EE.UU., distintos cantones de la Confederación helvética y más tarde, aunque con otro fundamento, en la U.R.S.S.[18]

16. Kern-Wolf, *Gerichtverfassungsrecht*, Munich, 1975, pp. 36-48; Betterman, *Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter*, «Die Grundrechte», III, Berlín, 1959, p. 572; Henkel, *Der gesetzliche Richter*, Gotinga, 1968.
17. Blomeyer, *Zivilprozeßrecht*, Gotinga, 1963, p. 18.
18. La crítica de este modelo puede verse en Kaiser, *Die Auswahl der Richter in der englischen und americanischen Rechtpraxis*, Berlín, 1969, pp. 215 y ss.;

Mucha mayor implantación tuvo, sin embargo, la importación del Jurado anglosajón a Francia y al resto de los países europeos. La instauración del Jurado en el proceso penal, no sólo contribuyó a incrementar los principios de oralidad, inmediación y publicidad, sino que, sobre todo, introdujo por vez primera, y ante el desconocimiento de los jueces legos de las complicadas reglas de la prueba tasada, el sistema de libre valoración de la prueba,[19] que acabaría posteriormente instaurándose también en el proceso civil.

c) *La Independencia Judicial*

Si la justicia popular había de otorgar un cierto grado de legitimidad en el inicio de la función judicial, la conquista que supuso la consagración de la independencia había de dotar de plena legitimación al oficio judicial en su continuidad.

A la independencia judicial se llegó fundamentalmente a través de la inamovilidad judicial, y ésta se obtuvo, en sus primeros orígenes, mediante un procedimiento tan rudimentario como lo fue la «compraventa de oficios» que, si bien tuvo como efecto positivo dotar de inviolabilidad a los Parlamentos franceses (obligando al Poder Legislativo a instaurar la «*Court de Cassation*» como órgano de control político para obtener la aplicación de la ley por los tribunales,[20] constituyó, al propio tiempo, la expresión del procedimiento de acceso a la función judicial de la burguesía, clase social de la que se nutrió la Magistratura europea del siglo XIX.[21]

Pero el sistema que acabó imperando fue, como es sabido, el de la relación funcionarial que, unido a un complejo cuadro de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones (entre las que destacaban las contenidas en estándares morales tales como la «buena conducta» del juez o la «dignidad de su carácter»), había de posibilitar la independencia del juez frente a la sociedad y a las partes.

No ocurrió lo mismo, sin embargo, con la independencia judicial frente a los demás Poderes del Estado y, de modo especial, frente al

CASTELLA, *La independenza dei giudice in Svizzera*, «Magistrati o funzionari», Milán, 1962, pp. 178 y ss.; CHAMBRE, *Le pouvoir sovietique*, París, 1959, p. 98.

19. CAPPELLETTI, *La oralidad...*, cit., p. 66.

20. CALAMANDREI, *Opere...*, cit., VI, pp. 382 y ss.

21. Señalaba THIERS a este respecto que «nous voulons des juges qui défendent la propiété privée et c'est pourquoi nous voulons ces juges propiétaries», CALDUS, *Pour une réforme de la Justice*, París, 1969, p. 11. En las últimas decenios, sin embargo, la extracción social de la Magistratura ha provenido, fundamentalmente, de las clases media-baja; véase RICHTER, *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*, Stuttgart, 1968; TOHARIA, *El juez español: un análisis sociológico*, Madrid, 1975, pp. 64-73.

Ejecutivo, pues, con la única salvedad de Inglaterra, las organizaciones judiciales europeas del XIX (y buena parte de las actuales) secundaron el modelo bonapartista, trazado por la Ley Orgánica francesa de 10 de abril de 1810, que residenciaba en última instancia en el «*grand juge M. Ministre de la Justice*»[22] toda la política de nombramientos, ascensos y el régimen disciplinario de la judicatura, en una administración de justicia fuertemente jerarquizada.[23]

d) *La Función del Juez*

Si el juez del Estado liberal, aunque a un nivel meramente individual, era independiente, el corolario de dicha indepéndencia había de ser su sumisión a la ley, de tal suerte que su única misión había de estribar en aplicar el derecho legal al caso concreto con prohibición de ejercicio de cualquier otra función normativa o política.

El papel del juez había de ser, según Montesquieu, el de la «boca que pronuncie las palabras de la ley»[24] en un ordenamiento que, por haber sido codificado, se consideraba perfecto (principio de plenitud o hermenéutica), por lo que el juez no podía rehusar a fallar «bajo el pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley».

Bajo la égida del positivismo legal científico, el juez se convirtió, pues, en un *Subsuntionsautomat*,[25] cuya actividad había de quedar ceñida a una labor meramente cognoscitiva en la que, fijados los hechos por las partes, había de proceder a la aplicación de la norma con exclusión de cualquier tarea interpretativa.[26]

B) *El ordenamiento procesal*

A esta concepción mecánica y pasiva de la actividad judicial contribuyó notablemente la legislación procesal de la época que, inspirada en el modelo del Estado «vigilante», en una sociedad presidida por el

22. La frase es de PICARDI, *Problemi attuali della responsabilità del giudize*, *RTDPC*, 1979, p. 1491.

23. Similar a «une serie d'échelons [...] quelque peu analogues á ceux que l'on rencontre dans l'armè», ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française*, II, París, 1957, p. 130.

24. *Oeuvres complètes*, II, París, 1958, p. 404. «Su función —afirmaba FEUERBACH— no debe ser otra que comparar cada caso con este tenor literal y, sin preocuparse del sentido y espíritu de la Ley, condenar si el sonido de la palabra condena y, si lo absuelve, absolver», *Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs zu einen Peinlichen Gesetzbuch für dir Chuz-Pfalz-Bayarischen Staaten, II*, Giesen, 1804, p. 20.

25. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonder Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Gotinga, 1967, pp. 458 y ss.

26. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958, pp. 4-5.

valor de la «libertad» y el principio de la «autonomía privada», configuraría un modelo de juez que, para salvaguardar su imparcialidad, había de permanecer impasible ante la noble contienda o «duelo con igualdad de armas»[27] que las partes habían de representarle dentro del proceso.

a) *El Proceso Civil*

El proceso civil, que inauguró el *Code de Procédure Civile* de 1806 y que fue secundado por la mayoría de los códigos europeos,[28] de entre los que cabe señalar la Ordenanza de Hannover de 1850 y la C.P.O. alemana de 1877, aparece, pues, claramente informado por los principios dispositivo y de aportación, oralidad y publicidad, eventualidad y sistema mixto de apreciación de la prueba con predominio de la libre valoración.

Si a los ciudadanos el ordenamiento material les reconocía el absoluto dominio sobre sus derechos subjetivos, a nadie se le podía constreñir a reclamar su defensa ante los tribunales. El resultado de dicha concepción es el de que «*wo kein Klager, da kein Richter*», «*ne proceda iudex ex officio*»: a las partes les incumbe plenamente el ejercicio de la acción y la fijación del objeto procesal, estando vinculado el juez, a través de su deber de congruencia, a respetar las pretensiones por ellas deducidas.

Pero esta vigencia del principio dispositivo, por lo demás consustancial al proceso civil de los Estados democráticos contemporáneos, no se limita, en el modelo liberal, exclusivamente al derecho de acción e interposición de la pretensión, sino que se extiende también a los actos procesales, a la introducción de los hechos en el proceso y a su actividad probatoria. De este modo, y aunque la determinación de los plazos permanece en manos del tribunal, las notificaciones y citaciones corresponden a las partes, quienes pueden ponerse de acuerdo sobre el señalamiento del juicio[29] y a quienes corresponde, en general, el impulso del procedimiento.

27. BOTTIGHER, *Die Gleichheit vor der Richter*, «Hamburger universitat», XVI, Hamburgo, 1954, p. 7.

28. El Código napoleónico influyó decisivamente en la Ley belga de 25 de marzo de 1876, holandesa de 19 de septiembre de 1896, rusa de 20 de noviembre de 1864 y en diversos cantones suizos; véase CHIOVENDA, *Principios...*, cit., pp. 14-15. En Italia tuvo una honda repercusión en el Estado Pontificio (*motu proprio* de 1817, 1824 y 1834), en Nápoles (Códice de 1819), Parma (Códice de 1820) y Piamonte (Códice de 1854-1859); véase TARUFO, *Ponencia nacional...*, cit., p. 3.

29. STURNER, *Grunde und unsachen des problems der ineffektivitat von Gerichtverfahren: ein historischen uberblick*, Ponencia nacional alemana, Utrecht, 1987, pp. 2-3.

Todavía era más importante el dominio de las partes sobre la aportación y prueba de los hechos en el proceso. La vigencia del principio de aportación *(Verhandlungmaxime)* se resume en el más estricto cumplimiento de la máxima «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*», para lo cual el procedimiento aparece claramente separado en dos fases: la primera, escrita, en la que las partes habían de formalizar sus alegaciones y, la segunda, oral, en la que las mismas partes habían de ejecutar la prueba por ellas propuesta.[30]

Como consecuencia del absoluto predominio del principio de aportación y de la inexistencia de una obligación procesal de veracidad de las partes *(Warheitspflicht)*, la función de la prueba y del proceso quedaba limitada a la obtención de una verdad formal[31] frente a la material o histórica, a la que el juez no podía acceder debido a la escasa entidad de sus poderes de «investigación», fuera de los estrechos cauces del ejercicio de su derecho a formular preguntas *(Fragerecht)* a los intervinientes en la prueba, del cumplimiento de su obligación de formular observaciones *(Hinweispflicht)*[32] sobre la oscuridad de las alegaciones o de proponer de oficio la ejecución de determinados medios de prueba.[33]

En cuanto a la forma en que debía ejecutarse la prueba, frente a la justicia secreta y «de gabinete» del Antiguo Régimen, el movimiento liberal opuso los principios de oralidad y de publicidad, como garantía política para evitar las presiones del Ejecutivo en la función judicial, y para acentuar la confianza del pueblo en los tribunales.[34]

El principio de la escritura es, pues, sustituido por el de que «*quod non in ore non in mundo*», consagrado por la Ordenanza de Hannover (parágrafo 101). En base al mismo, no sólo la demanda y contestación escritas, sino incluso la propia prueba documental, para ser tomadas en consideración por el órgano jurisdiccional, habían de ser leídas bajo su inmediación en el juicio oral.[35]

30. STURNER, *ob. cit.*, p. 3; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozeß*, Neuwied/Darmstadt, 1978, p. 37.

31. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 36; SAUER, *Allgemeine Prozeßrechtlehre*, Detmold, 1951, p. 68.

32. Dicha obligación fue instituida por la Ordenanza procesal de Hannover de 1850 (parágrafo 111); STURNER, *op. cit.*, p. 14.

33. La referida Ordenanza de 1850 expresamente consagraba la prueba de «peritos», «testigos» y la subsidiaria de «confesión» (parágrafos 237, 280, 281, 300; STURNER, *op.* y *loc. cit.*). El art. 340 de la L.E.C. española de 1881 contemplaba la posibilidad de ejercicio «*ex officio*», en el trámite de «diligencias para mejor proveer», de todos los medios de prueba, a excepción de la «testifical».

34. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 42; GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrenrechts*, Bielefeld, 1974, p. 224; AUBY, *Le principe de la publicité de la Justice et le droit public*, en «Le principe de la publicité de la Justice», París, 1969, pp. 9 y ss.

35. STURNER, *op. cit.*, pp. 8-9; CAPELLETTI, *op. cit.*, pp. 48-49; ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, Munich, 1974, p. 339. En general, sobre la historia de la orali-

La introducción de los principios de oralidad e inmediación no produjo, sin embargo, la plenitud de sus efectos favorables en punto a la obtención del descubrimiento de la relación jurídica-material en el proceso, por cuanto todavía sobrevinieron, en la C.P.O. de 1877, determinados institutos típicos de la prueba legal, tales como el juramento decisorio y, con él, el valor privilegiado de la confesión, cuyo objeto permanecía siendo considerado como «asunto de las partes».[36]

El resultado de todo ello fue, como se ha dicho, la configuración de un proceso civil similar a una «formalista guerra procesal o lucha de las partes bajo la inspección arbitral del juez».[37]

b) *El Proceso Penal*

Mucho más profunda fue todavía la reforma que emprendió el movimiento liberal en el proceso penal. Dicha reforma puede sintetizarse en la instauración del principio acusatorio formal o sistema mixto.

Frente al procedimiento penal inquisitivo, secreto y, en general, inhumano del Antiguo Régimen, el proceso penal liberal aparece claramente dividido en dos fases, la de instrucción y la de juicio oral, en las que, para evitar el prejuzgamiento o falta de independencia del órgano decisor, habían de ser encomendadas a dos distintos órganos jurisdiccionales:[38] el juez instructor, cuya figura, secundando el modelo francés, acabará imponiéndose en toda la Europa continental, y el Jurado anglosajón, en sus dos vertientes de jurado de acusación y de decisión, si bien la mayoría de los países pronto suprimirían el primero para conferir el conocimiento del juicio oral a un único jurado.

Para evitar, en segundo lugar, la confusión de «roles» entre el órgano juzgador y acusador, los países europeos, siguiendo también en este punto al modelo francés, confieren al Ministerio Público, en tanto que defensor de la legalidad, la función de ejercicio de la acción penal, que asume en régimen de monopolio, así como la de realizar una «investigación preliminar» en determinados países (Francia, Italia, Portugal...). La intervención de las partes privadas queda, pues, a lo sumo, reducida al sostenimiento de la pretensión civil acumulada al proceso penal, con las solas excepciones de la StPO austriaca, que mantiene la

dad, véase KIP, *Das sogenante Mundlichkeitsprinzip*, Colonia/Berlín, 1952, pp. 4 y siguientes.

36. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 49.

37. «Der Zivilprozeß nach der Z.P.O. hat damit das Bild eines formalisierter Prozeßkrieges oder Parteienzweikampfes unter schiedsrichterlicher Aufsicht», WASSERMANN, *op. cit.*, p. 40.

38. BAUMANN, *Grundbegriffe und Verfahensprinzipien des Strafprozeßrechts*, Stuttgart, 1972, p. 29; GOSSEL, *Strafverfahrenrechts*, *Stuttgart*, 1977, p. 33; ZIPF, *Strafprozeßrecht*, Berlín, 1972, pp. 66-67.

acción penal «adhesiva» del ofendido,[39] y las del Reino Unido y España, que conocen el fenómeno de la acusación popular y privada.

En cuanto a la intervención del abogado defensor, su régimen viene establecido desde bases esencialmente privatísticas. En la instrucción predomina la «autodefensa» o defensa privada del imputado,[40] estando sometida la defensa pública a la superación de diversas etapas procedimentales: la defensa «prohibida» del abogado en la investigación preliminar de la policía o M.P., la defensa técnica «permitida» a partir de la primera comparecencia ante el juez del imputado (quien desde ese momento puede designar abogado de confianza o reclamar uno del turno de oficio), y la defensa técnica «obligatoria» que tendrá lugar con la apertura del juicio oral.

Al contrario de la fase instructora, presidida por los principios de investigación, publicidad relativa o secreto y escritura, la del juicio oral se encuentra regida por los de aportación, contradicción e igualdad (con interrogatorio bajo «*cross examination*» en la mayoría de los ordenamientos), oralidad y publicidad absoluta y libre valoración de la prueba, con deber de congruencia del tribunal exclusivamente ceñida al hecho punible.

IV. LA JUSTICIA «SOCIAL»: UNA REFORMA INACABADA

A diferencia de la justicia «liberal», la cual surge con la propia Revolución Francesa como una clara ruptura y alternativa a la del Antiguo Régimen, la justicia social no nace en el seno de revolución alguna, ni pretende arrumbar con todas las conquistas del pensamiento liberal, sino, antes al contrario, su objetivo es el de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, cuales son la de garantizar el acceso efectivo de todos los ciudadanos ante los tribunales, quienes han de asumir la tutela material de sus derechos e intereses legítimos, mediante procedimientos rápidos y poco costosos para la sociedad y el Estado.

A) *La Jurisdicción*

En materia de derecho judicial orgánico pocas han sido las innovaciones realizadas en estos últimos cien años puesto que, con la sola excepción de las democracias populares, la organización judicial contemporánea ha sido respetuosa con los postulados del liberalismo. Con

39. BERTEL, *Grundriß des österreichen Strafprozeßrechts*, Viena, 1975, páginas 53-5.

40. FOSCHINI, *L'imputato*, Milán, 1956, pp. 25-43.

todo, se hace obligado señalar el nacimiento, en esta época, de la justicia constitucional y supranacional, la crisis de los jueces legos, la potenciación de la independencia judicial «colectiva» y la ampliación de la función del juez al derecho judicial.

a) *La sobrecarga de trabajo de los Tribunales Supremos y la Justicia Constitucional*

A lo largo de este último siglo, dos han sido los problemas que todavía ocupan a nuestros Tribunales Supremos: su sobrecarga de trabajo [41] y la incorporación de la justicia constitucional.

Nos nos corresponde a nosotros determinar las alternativas para evitar dicha sobrecarga, por lo que nos limitaremos a señalar distintas soluciones apuntadas en la historia, cuales son el establecimiento de una «*summa revisionis*» para la admisibilidad del recurso, instaurada por la Ley Prusiana de 1833,[42] o las clásicas soluciones francesas consistentes en incrementar los poderes de la «*Chambre des Requetes*» o sala de admisión, a fin de poder repeler los recursos manifiestamente mal fundados,[43] así como la posibilidad de imposición de multas o pérdida de depósitos a los recurrentes temerarios.[44] Destaquemos finalmente que, para evitar la posibilidad de que la referida avalancha de recursos pudiera atentar a la uniformidad de la jurisprudencia entre las distintas Salas del T.S., la Ley Prusiana de 1 de agosto de 1836 estableció la necesidad de que, cuando una sala se viera obligada a modificar su jurisprudencia, había de plantear cuestión prejudicial al Pleno del Tribunal Supremo.[45] Dicho sistema ha sido perfeccionado en Austria mediante la ley de 19 de junio de 1968.[46]

Pero, junto a este grave problema sociológico, ha surgido en este último siglo otro de carácter jurídico, derivado de la necesidad de obtener también una aplicación uniforme de las normas constitucionales, garantes de los derechos fundamentales. De este modo, junto a la casación ordinaria se ha superpuesto otra especial [47] cuya finalidad es obtener la aplicación inmediata y directa de las normas constitucionales por los poderes públicos, asegurando su aplicación uniforme.

41. SOBERANES, *Ponencia nacional mexicana*, Utrecht, 1987, p. 9.
42. CALAMANDREI, *Opere...*, cit., p. 548.
43. Solución adoptada en la actualidad por la Comisión Europea de Derechos Humanos (art. 27.2 CEDH).
44. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 586.
45. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 550.
46. En la actualidad, la Sala ha de incrementarse con 6 miembros más; FASCHING, *Evolución de las tendencias en el proceso civil moderno*, p. 401. Similar sistema ha secundado el BVerfG alemán.
47. BURMEISTER, *Das Bundesverfassungsreicht als Revisioninstanz, DVBI*, 1969, pp. 605 y ss.; STERN, *Kommentar zur Bonner Grundgesetz*, Hamburgo, 1982, página 168.

Históricamente, esta función negativa de control de la constitucionalidad de las normas del ordenamiento y de restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados, se la irrogó el T.S. de los EE.UU. a través de la jurisprudencia de los jueces Marshall y Cocke,[48] habiendo secundado este modelo de control difuso de las normas constitucionales determinados países latinoamericanos [49] y europeos, tales como los nórdicos o Suiza. Por el contrario, otro grupo de países, entre los que cabe destacar a Austria, R.F.A., Italia, Francia o España, se inclinaron por el modelo de jurisdicción concentrada, diseñado por vez primera por Kelsen tras la Primera Guerra Mundial [50] y encomendando dicha función de control de constitucionalidad a un órgano especial, el Tribunal Constitucional, a quien determinados países (Austria, R.F.A. y España) le conceden también la función de protección de los derechos fundamentales a través del ejercicio por los ciudadanos de un recurso constitucional individual («*Berufverfassungsbeschwerde*» o «recurso de amparo»).

Sin embargo, esta función de protección de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales o Supremos europeos no es definitiva e irrevocable, pues el ciudadano siempre tiene la posibilidad de acudir a la Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo que, junto con el Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, ostentan la última palabra en la protección de los derechos humanos y en la aplicación del derecho comunitario europeo.[51]

b) *La Crisis de los Jueces Legos*

Otra de las instituciones de la justicia liberal que se ha visto sometida a una profunda revisión es el jurado anglosajón, el cual ha venido permaneciendo vigente hasta la Segunda Guerra Mundial en la práctica totalidad de los países europeos.

48. CORWIN, *Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review*, en «The doctrine of judicial review, its legal and historical basis and other essays», Peter Smith, Gloucester, 1963, pp. 1 y ss.; PLUNCKNETT, *Bonhan's case and judicial review*, en «Harvard Law Review», vol. XL, n. 1/1926, pp. 35-48.
49. *Cf.* FIX ZAMUDIO, *Tribunales Constitucionales y Derechos fundamentales*, México, 1985, *passim*; ID., *La protección de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid/México, 1981.
50. KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution, RDPSP*, 1928, páginas 204-205.
51. STORME, *Perorazione per un Diritto Giudiziario Europeo, Riv. D. P.*, 1986, 1986, pp. 293 y ss.

Las causas de su fracaso hay que situarlas en su funcionamiento práctico. La absoluta separación entre los jueces de hecho y de derecho provocaba no pocos veredictos absolutorios injustificados, motivados por una desconfianza de los jurados frente al tribunal de derecho, consistente en que, de pronunciar un veredicto de culpabilidad, aplicaran los magistrados una pena excesivamente rigurosa. Por esta razón, la ley francesa de 5 de marzo de 1932 amplió la competencia del jurado a la determinación de la pena, conjuntamente con los Magistrados.[52] Este sistema mixto, de soberanía del jurado sobre el veredicto y posterior deliberación conjunta con los Magistrados para la determinación de la pena, se mantiene todavía vigente en países tales como Bélgica, Austria y el nuevo Código procesal penal noruego, entrado en vigor el 1 de enero de 1985.

Por el contrario, la mayoría de los países europeos secundaron la reforma alemana Emminger de 1924 e instauraron el escabinado.[53] Esta solución se impuso, no sólo en Francia (ley de 25 de noviembre de 1941), sino también en países tales como Italia, cantones suizos, Suecia, Grecia, Portugal y la R.F.A., si bien este país tras la reforma de 1974 ha reducido drásticamente la participación popular en los «*Landgerichte*» (3 Magistrados y 2 ciudadanos).

c) *La Independencia Judicial colectiva: el Autogobierno*

Si los sistemas de legitimación del oficio judicial a través de la designación popular han caído en franco retroceso,[54] no podemos decir otro tanto con la independencia judicial como elemento mediante el cual la Jurisdicción misma se legitima, la cual se ha fortalecido en estos últimos tiempos con la instauración de los sistemas de autogobierno de la Magistratura.

En efecto, como consecuencia de la implantación en Europa de los sistemas totalitarios, en los que la presión del Ejecutivo sobre la Magistratura alcanzó límites fuera de lo tolerable, a la salida de la Segunda Guerra Mundial se formó un fuerte movimiento asociativo en la Magistratura, tendente a reclamar, frente a la figura del juez «individualmente» independiente del liberalismo, la independencia colectiva de la Magistratura,[55] la cual habría de obtenerse a través de la derogación del sistema «bonapartista» de nombramientos, ascensos y régimen disciplinario y su concesión al Consejo Superior de la Magistratura.

En cuanto a la composición de dicho órgano de autogobierno de la Magistratura, cuatro han sido los sistemas que se han sucedido o coexisten en la actualidad: *a*) el administrativo o francés, en el que, junto a los Magistrados que integran el «*Conseil Superieur de la Magistrature*», aparecen importantes miembros del Poder Ejecutivo (Ordenanza de 22 de diciembre de 1958); *b*) el sistema mixto o integrado por representantes del Poder Legislativo y del Judicial, que fue inaugurado por Italia con la ley de 24 de marzo de 1958, y secundado por España (ley de 10 de enero de 1980) y Portugal (art. 223 de la Constitución); *c*) el sistema judicialista es, en la actualidad, el vigente en Italia tras la declaración de inconstitucionalidad de aquella ley y sus sustitución por la vigente de 18 de diciembre de 1967, y *d*) el sistema parlamentario o de designación, bien del Tribunal Supremo Federal (art. 1 de la ley suiza de 16 de diciembre de 1943) o bien del Consejo General del Poder Judicial (ley española de 1 de julio de 1985) por el Poder Legislativo.[56]

d) *La Función del Juez*

También el modelo de juez «técnico de la subsunción» del liberalismo ha sido puesto en cuestión en estos últimos cien años como consecuencia de la revolución técnico-científica surgida en el último tercio del siglo XIX y de la aparición de los Estados totalitarios.

Debido a los rápidos cambios económico-científicos y al nacimiento de la clase obrera, el dogma de la «hermenéutica del ordenamiento» y de la inmutabilidad de los valores contenidos en la codificación, sufrieron sus primeras grietas, las cuales tuvieron que ser integradas por la jurisprudencia de los tribunales.[57] Aparece así, junto al derecho legislado, un derecho judicial,[58] el cual ya no viene concebido como resultado de una mera operación mecánica o silogística del juez, sino como resultado de su actividad interpretativa de las normas, en la

52. La evolución del jurado francés hasta su plena transformación en «escabinado» puede verse en IMBERT-LEVASSEUR, *Le pouvoir, les juges et les boureaux*, París, 1972, pp. 232-233; MERLE-VITU, *Traité du Droit Criminel*, II, París, 1973, páginas 493-495.

53. Sobre la reforma de 4 de enero de 1924, KERN, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrecht*, Munich, 1975, p. 10.

54. Porque, tal y como se ha afirmado, no es suficiente que el pueblo elija a sus tribunales para pensar que, sólo por esa circunstancia, la imparcialidad y el acierto van a estar presentes en sus resoluciones. *Cf.* KERN-WOLF, *Gerichtsverfassugsrecht*, Munich, 1975, p. 10.

55. MORIONDO, *L'ideologia della Magistratura italiana*, Bari, 1967, p. 69.

56. *Cf.* PRIETO CASTRO, *El autogobierno de la Magistratura*, *R.D.P.*, 1970, páginas 265-266.

57. KERN-WOLF, *op. cit.*, pp. 22-23.

58. ESSER, *Richterrecht Gerichtsgebrauch und Gewonheitsrecht*, en «Festschrift für Friz von Hippel», Tubinga, 1967, p. 113; WIECKER, *Gesetzrecht und richterliche Kunstregel*, Jz. 1957, p. 704.

que, con independfencia de la *mens legislatoris*, debe el juez extraer todo su sentido lógico actual.

Esta actividad interpretativa, y hasta cierto punto normativa de la función judicial, se verá reforzada en los distintos países europeos a la salida de la Segunda Guerra Mundial, como reacción frente a la exacerbación del formalismo del positivismo legal, realizado, para sus propios fines, por el nacional-socialismo alemán que, en un primer momento y con anterioridad a que la Constitución alemana fuera sustituida por el programa del partido nacional-socialista,[59] afirmaba la doctrina, conforme a la cual «el juez no está fundamentalmente facultado a rechazar la aplicación de una ley debidamente promulgada a causa de su contenido».[60]

El principio liberal, pues, de sumisión del juez a la ley no cabe entenderlo hoy como el de mecánica aplicación de cualquier norma jurídica, sino como «vinculación a la ley y al derecho» (art. 20.3 *Bonnergrundgesetz*) de conformidad con el principio de «jerarquía normativa», de tal suerte que incumbe al juez, previa a la aplicación de la norma, un doble examen, jurídico-formal y material[61] tendente a constatar su legitimidad con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

B) *El ordenamiento procesal*

A diferencia del ordenamiento liberal, en el que el juez asume el papel de mero espectador de la contienda, y el proceso sirve exclusivamente para la protección de los derechos subjetivos, en el Estado Social se destacará la figura del juez como «*Socialingenieur*»,[62] y el proceso, sin olvidar aquella clásica función, se concebirá también como un instrumento de política social[63] o de pacificación social.[64]

59. «La Constitución alemana es el programa del Partido Nacional-Socialista», FRANK, *Die Zeit des Rechts*, D.R., 1936, p. 3. «El Führer da las grandes directrices. En el período de transición es también asunto de los jueces juzgar conforme a esas directrices (los «Führerprinzip») antes que las viejas leyes existentes». SCHMIDT-KLEVENOW, *Das Maarchen von den dinglidren Kirchensteuer*, D.R., 1983, p. 62; FREISLER, *Gedanken zu einer uberheblichen Kritik zu Gemeinschafschadigenden Vorschlagen*, D.J., 1941, p. 1000.

60. Véase la jurisprudencia del T.S. federal y la de los distintos T.S. regionales alemanes, a partir del año 1933, en ECHTERHSTLER, *Die Deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, II, 1970, pp. 125-131.

61. KERN-WOLF, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

62. BAUR, *Soziales Ausgleich durch Richterspruch*, Jz., 1957, pp. 193-197.

63. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971, pp. 70-75.

64. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, pp. 116-119; GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 12-15; HAGEN, *Allgemeine Verfahrenslehre und Verfasungsgerichtliches Verfahren*, Munich/Salzburgo, 1971, p. 25.

a) *El Proceso Civil*

A este fenómeno conocido por «socialización del proceso civil»[65] se ha llegado a través de toda una serie de reformas legislativas en Europa que, partiendo, como es sabido, de la célebre reforma de Franz Klein a la Z.P.O. austríaca de 1895 (entrada en vigor el 1 de enero de 1898) alcanza a nuestros días y que, sin merma alguna de los clásicos principios de contradicción y dispositivo, tiene por objeto la satisfacción[66] material y efectiva de las pretensiones de las partes con el menor coste económico y en el menor espacio de tiempo.

Para el logro de esta política legislativa se ha hecho necesario incrementar los poderes del juez civil, mediante la consagración de las obligaciones procesales y el fortalecimiento de los principios de investigación, oralidad, concentración y libre valoración de la prueba.

A fin de que el juez pueda descubrir la relación jurídica material dentro del proceso, se hace necesario, en primer lugar, sujetar a las partes a los fines del proceso, evitando actitudes maliciosas u obstruccionistas.

Esta vinculación la obtuvo Klein a través de la instauración de las obligaciones procesales, con respecto a las cuales, si bien no fue su creador (puesto que determinadas obligaciones, tales como la de «veracidad» o la judicial de formular «observaciones», ya fueron establecidas por la Ordenanza Prusiana de 1792 —AGO— y por la de Hannover de 1850 respectivamente),[67] sí que fue su decidido impulsor, situando a la obligación de veracidad *(Warheitspflicht)* de las partes en el centro del proceso. Otras obligaciones, tales como la de comparecencia personal a la llamada del juez (parágrafo 198 del Proyecto de Z.P.O. austríaca), la de exhibición de documentos (parágrafo 199,2) o el derecho judicial a interrogar a las partes o testigos y la obligación judicial de dirección procesal *(Prozeßleitungspflicht)*, también fueron consagradas en la Z.P.O. austríaca de 1895.[68]

En la actualidad, algunos de los derechos u obligaciones procesales se han transformado, tras sucesivas reformas legislativas, dando lugar a nuevas obligaciones procesales. Ello es lo que ha sucedido, por ejemplo, con el derecho judicial a formular preguntas *(Fragerecht)* que, me-

65. DEVIS ECHANDIA, *Liberalización y socialización del proceso civil*, *RDP*, 1972, pp. 325 y ss.; SERRA, *Liberalización y socialización del proceso civil*, *RDP*, 1972.

66. FAIREN, *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en «Temas del ordenamiento procesal», Madrid, 1969, I, pp. 325 y ss.

67. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 56; STURNER, *op. cit.*, p. 14.

68. FAIREN, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein*, en «Estudios...», cit., p. 313.

diante la Novela de 1909 de reforma a la C.P.O. alemana, se ha convertido en una auténtica obligación del tribunal de discutir con las partes *(Erörterungspflicht)* la relación jurídica material a fin de obtener su completa aportación y esclarecimiento *(Vollstandigkeitspflicht)* o en la obligación de comparecencia personal que, en el ámbito de los procedimientos de paternidad, se ha convertido en la obligación de soportar un análisis sanguíneo (parágrafo 372 de la vigente Z.P.O. alemana).[69]

En segundo lugar, este incremento de facultades del juez civil se ha obtenido en Europa, tras la reforma de Klein, por la vía de revisar el principio liberal de aportación, cuya vigencia, al igual que el dispositivo, permanece absolutamente válido en cuanto a la introducción de los hechos al proceso, que sigue siendo un «asunto de las partes», pero no en todo lo referente a la proposición y ejecución de la prueba, con respecto a las cuales hay que conceder al juez la facultad de disponer de oficio la práctica de todos los medios de prueba pertinentes, así como participar activamente en ella, formulando preguntas a sus intervinientes.[70]

La actividad probatoria ha de realizarse bajo la vigencia de los principios de oralidad e inmediación. Frente a la proclamación absoluta del principio de oralidad en el liberalismo, lo decisivo hoy para la calificación de un proceso civil oral es su fase probatoria, de tal suerte que el juez haya de fundar su sentencia exclusivamente con el material de hecho aportado oralmente al juicio.[71] Por el contrario, determinadas actuaciones (alegaciones, prueba documental, sentencias, recurso de casación...) han de permanecer escritas; es más, en determinados ordenamientos, como el alemán, tras la reforma de 1976, inspirada en el modelo de Stuttgart,[72] la preparación del juicio oral puede realizarse a través de una fase previa (el «*Vorverfahren*»), regida por el principio de la escritura.

Para obtener, pues, la concentración del material instructorio a fin de que el juicio oral transcurra, a ser posible, en una sola audiencia, se hace preciso concentrarlo a través de una fase previa, regida por el

69. STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, I, Tubinga, 1972, p. 21; ROSEMBERG-SCHWAB, *op. cit.*, p. 8; BAUMGARTEL-MES, *Einführung in das Zivilprozeßrecht mit Examinatorium*, *J.A.*, 1977-5, p. 11.

La legitimidad de dicha obligación procesal ha sido declarada por la propia Comisión Europea en su Decisión 8278/78, de 17 de diciembre de 1979, contra el Estado austriaco.

70. GRUNSKY, *op. cit.*, p. 165; DEVIS ECHANDIA, *La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo*, *RDP*, 1967, pp. 645-647.

71. ROSEMBERG-SCHWAB, *op. cit.*, p. 398; SCHONKE-SCHRODER-NIESE, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Karlsruhe, 1956, p. 54.

72. Ideado por Fritz Baur y Rolf Bender. Véase STURNER, *op. cit.*, pp. 5-6.

principio de eventualidad, y que en la concepción de Klein adoptó la forma de «audiencia preliminar» *(erste Termin)*. Dicha audiencia previa, que encuentra un claro paralelismo en Brasil con la institución del «despacho saneador»[73] y que en España ha sido introducida por la reforma de 1984, o fase preparatoria del juicio oral, asume las siguientes funciones: *a*) Evitar juicios innecesarios mediante la realización de la conciliación intraprocesal, puesto que la realización de dicho acto con carácter previo a la demanda, tal y como era regulado en el ordenamiento liberal, se convertía en un trámite dilatorio e ineficaz en la práctica;[74] *b*) purgar el proceso de aquellos obstáculos procesales que, por no guardar una estrecha relación con el objeto procesal, permiten un tratamiento previo y separado, y *c*) introducir el material de hecho al proceso, recabando, si fuere necesario, el auxilio del juez en punto a ejercitar la obligación de exhibición de documentos.[75]

El principio de eventualidad de esta fase previa se complementó en el Proyecto de Z.P.O. de Klein mediante una rígida preclusión en el juicio oral y, en general, en la realización de actos de postulación que contuvieran peticiones intempestivas o incidentes dilatorios, los cuales habían de ser repelidos de oficio por el juez.[76] Dicho principio de preclusión se encuentra también presente en la segunda instancia austríaca, que, al igual que la de la L.C.E. española, consagra la regla de prohibición del «*ius novorum*» o de alegación de «*nova reperta*».

Finalmente, la obra «socializadora» de Klein culminó con la derogación del juramento decisorio y, con él, del último resquicio del sistema de la prueba legal, la confesión,[77] instaurándose también en el proceso civil el sistema de la libre valoración (con la sola excepción de determinados documentos públicos), sistema que, mediante la No-

73. La Z.P.O. austríaca tuvo una clara influencia en el Código Procesal Civil húngaro de 1911, en la Z.P.O. polaca de 1930, en Yugoslavia (código de 1929), Checoslovaquia, Dinamarca (Ley de 1916), Noruega (Z.P.O. de 1915) y Suecia (Ley de 1942). FAIREN, *op. cit.*, p. 306. Sobre el «despacho saneador» brasileño, véase BARBOSA MOREIRA, *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, en *RDP*, 1/1986, pp. 7-24, y 2/1986, pp. 239-268.

74. STURNER, *op. cit.*, pp. 17-19.

75. KLEIN-ENGEL, *Das Zivilprozeß Oesterreichs*, Manheim/Berlín/Leipzig, 1927, páginas 265 y ss.

76. KLEIN-ENGEL, *op. cit.*, pp. 269-273. También el principio de preclusión estuvo presente en el Código Procesal Civil italiano de 1940-1942; desgraciadamente la Ley de 1950 ha provocado una contrarreforma en esta materia. Véase TARUFFO, *op. cit.*, p. 6.

77. Porque, como afirmaba KLEIN, «la libre apreciación de la prueba y el juramento reglado se avienen como el fuego y el agua» («Freie Beweiswurdigung und normierter Eeid vertragen sich wie Feuer und Wasser»), KLEIN-ENGEL, *op. cit.*, p. 364.

vela de 1933, acabó introduciéndose también en la Z.P.O. alemana.[78]

A partir de la reforma de Klein a la Z.P.O. austríaca, una nueva época se ha abierto en la historia procesal civil, en la que, frente a la figura del juez «vigilante» del liberalismo, se ha opuesto la del juez «director» del procedimiento, especialmente comprometido en la rápida y eficaz composición del conflicto y en la satisfacción exclusiva de aquellas pretensiones que, dentro y fuera del proceso, se encuentren fundadas en el derecho objetivo.

b) *El Proceso Penal*

Todo al contrario que el proceso civil, las reformas habidas en el proceso penal en este último siglo no han estado orientadas, en general, a incrementar los poderes del órgano jurisdiccional, sino a fortalecer el derecho de defensa y el acusatorio, así como a agilizar el funcionamiento de la justicia penal.

En efecto, como consecuencia de las violaciones de los derechos humanos cometidas en Europa durante la Segunda Guerra Mundial, a la salida de dicha contienda se observa en los distintos Estados europeos una política legislativa (que se inicia con la ratificación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y que culmina con diversas reformas a los Códigos Procesales Penales —1969 en Italia, 1964 y 1974 en la R.F.A., 1978 y 1983 en España—), tendente a adelantar la obligatoriedad del nombramiento del abogado defensor a la fase instructora y, muy especialmente, a la adopción de cualquier medida cautelar (detención y prisión provisional),[79] así como a establecer plazos máximos de duración de la prisión provisional (*vgr.*, reforma italiana de 1970 y española de 1983 y 1985).

Pero la potenciación del fenómeno terrorista en Europa, a partir del año 1975, pronto va a ocasionar una política de signo inverso que, bien provocará la consiguiente reforma parcial del C.C.P. (*vgr.*, la *Kontaktsperregesetz* alemana de 1977), bien provocará una legislación especial (*vgr.*, ley antiterrorista italiana de 1980, secundada por la ley española de 1984), cuyo objeto consistirá en limitar el ejercicio de dicho derecho de defensa o en suspender determinadas garantías constitucionales, llegando incluso Francia recientemente (diciembre de 1986) a sustraer del Jurado el conocimiento de los delitos de terrorismo.

78. BOMSDORF, *Prozeßmaximen...*, *cit.*, pp. 275 y ss.; SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswurdigung*, Munich, 1978, pp. 11 y ss.

79. Dentro de esta política legislativa, una especial mención merece la reforma española de 1983 y 1985, en la que, junto a la instauración del *Habeas Corpus*, se ha establecido la intervención obligatoria del abogado defensor en la detención policial.

Junto a esta cruenta modalidad de delincuencia, una preocupación más generalizada de los Estados europeos se ha manifestado en el tratamiento de las infracciones menores o «delitos bagatela» que, como consecuencia de la industrialización y el consumismo, ponen en riesgo de paralización a los juzgados. De este modo, y con independencia de las medidas despenalizadoras, se ha puesto en evidencia la necesidad, en ciertos países, de reforzar el número de jueces y fiscales, de revisar las demarcaciones judiciales decimonónicas,[80] introducir la informática, medios modernos de comunicación en la oficina judicial y medios audiovisuales para la protocolización de los juicios orales, así como, sobre todo, de crear nuevos tipos de procedimientos penales simplificados, tales como el monitorio penal[81] o los de flagrante delito.

Dentro de esta línea de simplificación del procedimiento penal, merece ser destacada la revisión del principio de legalidad y la importación de los sistemas anglosajones del de «oportunidad», que en sus dos formas de «sobreseimiento puro» o «bajo condición» (reparación a la víctima, realización de trabajos sociales, bajo «*probation*», etc...), está imponiéndose en la práctica totalidad de los Estados europeos, de los que cabría destacar al Reino Unido (*«guilty plea»*), Países Bajos y Noruega, sin olvidar recientes reformas, como la francesa de 1975, que ha instaurado un sobreseimiento bajo condición de rehabilitación voluntaria de drogadictos, o el «*patteggiamento*» italiano (ley de 24 de noviembre de 1981), claramente inspirado en el «*plea bargain*» americano.[82]

80. Tal es el caso de mi país, véase MORENO CATENA, *op. cit.*, pp. 6 y ss., 14 y 17.

81. Vigente en Austria, Dinamarca, Francia, R.F.A., Italia, Luxemburgo, Noruega, Suecia, Suiza y Turquía.

82. PISAPIA, *Compendio di Procedura Penale*, Padua, 1982, p. 569.

LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. LA CARGA DE PRUEBA

1. *Introducción*

La noción de carga tiene sus antecedentes en el Derecho romano, y durante mucho tiempo apareció confundida con el concepto de obligación. Como puso de manifiesto Carnelutti,[1] y hoy comparte la mayo-

1. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil. I. Introducción y función del proceso civil*, trad. de Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, UTEHA Argentina, 1944, p. 65.

ría de la doctrina,[2] las diferencias entre carga y obligación se concretan en que mientras la carga consiste en el vínculo de la voluntad para la tutela de un interés propio y su incumplimiento sólo conlleva la pérdida de una ventaja, en la obligación el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y con su cumplimiento se evita la imposición de una sanción.

En consecuencia, la carga puede ser definida, siguiendo a Carnelutti,[3] como el ejercicio de una facultad para la obtención de una ventaja o interés propio. La carga así entendida, como observó Saraceno,[4] no es un término de aplicación exclusiva al campo jurídico, pues tanto puede hablarse de cargas jurídicas como de cargas no jurídicas o naturales.

Podemos decir, con Saraceno,[5] que una carga es jurídica cuando el nexo de causalidad entre carga y resultado se encuentra establecido o regulado por el Derecho. A la categoría de las cargas jurídicas pertenecen las cargas procesales, que se caracterizan porque se conceden a las partes ante la existencia de un conflicto de intereses judicializado.[6] La carga de la prueba forma parte de las cargas jurídico procesales.

2. *Carga subjetiva y objetiva de la prueba*

El concepto de carga de la prueba como poder de probar atribuido a las partes —tal como era concebido en Roma, según recepción del Derecho común—, sólo existe en el proceso civil dispositivo, en el que por discutirse intereses privados se atribuye a las partes, de forma exclusiva, la iniciación del proceso y la alegación y prueba de los hechos presupuesto de la norma jurídica cuya aplicación solicitan,[7] quedando limitada la actividad probatoria del juez o Tribunal al uso de las diligencias para mejor proveer (arts. 340 y ss. LEC), con la única finalidad de complementar, que no de sustituir, la actividad de las partes.[8]

2. *Vid.*, entre otros, GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 91 y ss., y MICHELI, *La cara de la prueba*, trad. de Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, páginas 60 y 61.

3. CARNELUTTI, *ob. cit.*, p. 65.

4. SARACENO, *La decisione sul fallo incerto nel processo penale*, Padova, 1940, páginas 49 y 50.

5. SARACENO, *ob. cit.*, p. 56.

6. SARACENO, *ob. cit*, p.. 55.

7. Parte de la doctrina se muestra hoy, sin embargo, partidaria de que en el proceso dispositivo se aumenten las facultades del juez en orden a la prueba, *vid.* MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1979, pp. 227 y ss.

8. MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer*, Ed. Montecorvo, 1981, páginas 147 y 148.

La carga de la prueba, en el sentido enunciado, se encuentra consagrada con carácter general en el art. 1.214, C.C., que declara con expresión defectuosa e insuficiente, según pone de manifiesto la doctrina,[9] que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone», y ha sido interpretado por los autores,[10] en el sentido de que corresponde al demandante la prueba de los hechos constitutivos, y al demandado la de los impeditivos, extintivos y excluyentes, sin más excepciones que las presunciones y demás supuestos de inversión de la carga de la prueba, que constituyen alteraciones particulares de la regla general enunciada.

Junto a esta concepción tradicional de la carga de la prueba como carga de suministrar prueba por las partes,[11] propia del proceso civil dispositivo, ya en los trabajos de Julio Glaser en 1883 [12] se puso de manifiesto, como un aspecto del tema de la carga de la prueba, el problema de la existencia de dudas en el ánimo del juez sobre la certeza de los hechos en base a los que debe dictar una resolución judicial; aparece así la llamada carga objetiva o material de la prueba, junto al criterio tradicional de la carga de la prueba, a partir de entonces conocida como carga subjetiva o formal de la prueba.

Como expuso Micheli,[13] «la duda en el proceso puede dar lugar: *a*) a un pronunciamiento formulado dubitativamente, en cuanto el juez no sepa escoger entre la una y la otra de las proposiciones sometidas a su juicio; *b*) o bien a la abstención del pronunciamiento», pero desaparecido del proceso penal español el instituto de la absolución de la instancia, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, y declarando el art. 1, ap. 7, del C.C. que «los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», surge en el juez el problema, señalado por la doctrina,[14] de determinar cuál de las partes debe sufrir las consecuencias desventajosas de la duda que cabe con respecto a la verdad de una afirmación de hecho.

A la resolución del problema de la duda sobre la veracidad de un hecho se refiere el aspecto objetivo o material de la carga de la prue-

9. *Vid.*, entre otros: PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Ed. Aranzadi, 1985, p. 630; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1976, p. 307; MONTERO, *El proceso laboral*, I, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 259, y SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, Ed. Revista de Derecho Privado, 1983, página 87.

10. *Idem* nota anterir.

11. ROSENBERG, *La carga de la prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, p. 17.

12. MICHELI, *La carga de la prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 106, y ROSENBERG, *ob. cit.*, p. 16.

13. MICHELI, *ob. cit.*, p. 12.

14. ROSENBERG, *ob. cit.*, p. 2.

ba definido por Rosenberg[15] como aquel que «determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el Tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar».

Antes de exponer las reglas sobre la carga objetiva de la prueba que rigen en los procesos civil y penal, debemos hacer dos precisiones en relación a este aspecto de la carga de la prueba. En primer lugar, como se observa en la definición de Rosenberg, y aceptan con unanimidad doctrina y jurisprudencia,[16] las reglas sobre la carga objetiva de la prueba sólo son de aplicación cuando el juez dude de la certeza de los hechos sometidos a su consideración. En segundo lugar, pudiendo surgir la duda en el ánimo del juez en cualquier tipo de procesos, las reglas sobre la carga de la prueba en sentido objetivo o formal existen tanto en los procesos dispositivos como inquisitivos,[17] y cualquiera que sean las reglas de valoración de la prueba.

En los procesos civiles dispositivos que, como hemos visto, tienen reglas expresas sobre la carga subjetiva de la prueba (art. 1.214, C.C.), son estas mismas normas las que determinan, «a sensu contrario», a quién debe perjudicar la duda judicial sobre la certeza de los hechos. La falta de certeza sobre los hechos constitutivos perjudicará al demandante, a quien le correspondía probarlos, de modo que el juez dictará una sentencia desestimatoria de la demanda; mientras que la duda sobre los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes perjudicará al demandado, porque a él correspondía la carga subjetiva de la prueba de tales hechos, y el juez deberá dictar una sentencia dando lugar a la petición del actor.

Las normas sobre la carga objetiva de la prueba expuestas con relación al proceso civil dispositivo son válidas igualmente para el proceso laboral y también para el proceso administrativo, en los que rige asimismo el principio dispositivo, y también en los procesos civiles inquisitivos,[18] porque si bien en estos últimos no puede hablarse de carga subjetiva de la prueba, en cuanto que junto con la actividad probatoria de las partes coexiste una actividad probatoria del Tribunal o del Ministerio Fiscal (*vid.* art. 75 L. Cont.-Adm., arts. 74, 206 y 208, C.C., y Disp. Ad. V, i, de la Ley de 7 de julio de 1981, que reformó

15. ROSENBERG, *ob. cit.*, p. 21.
16. *Vid.*, entre otros: GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, p. 306 y ss., y GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1968, p. 326. También Ss. TS. 8 de mayo de 1943 (RA 606), 20 de mayo de 1964 (núm. C.L. 998) y 29 de noviembre de 1968 (núm. C.L. 1616).
17. MICHELI, *ob. cit.*, p. 246.
18. En este sentido, *vid.* ROSENBERG, *ob. cit.*, p. 27, y MICHELI, *ob cit.*, páginas 248 y ss.

el C.C., entre otros); como dice Rosenberg,[19] «el origen de la carga de la certeza (o de la carga objetiva de la prueba) está en el principio de la aplicación del derecho según el cual el Tribunal debe estar convencido positivamente de la existencia de los presupuestos de la norma cuya aplicación se discute. Cualquier duda con respecto a uno solo de estos presupuestos impide que el juez reconozca la aplicabilidad de la norma».

Por lo expuesto, aun en ausencia del art. 1.214, C.C., en los procesos civiles dispositivos al demandante le correspondería probar los hechos constitutivos y al demandado los extintivos, impeditivos y excluyentes, y es también por esto que en caso de duda judicial en el proceso civil, independientemente de si existe carga subjetiva de la prueba o existe una actividad investigadora de oficio, la falta de certeza debe perjudicar a la parte a la que beneficiaría la prueba plena del hecho dudoso.

3. *La carga de la prueba en el proceso penal*

En el proceso penal, que tiene por objeto la persecución y el castigo de delitos y faltas, la intervención, en su caso, del Ministerio Fiscal como parte encargada de velar por el interés público presente en estos procesos, y las facultades probatorias del Tribunal, impiden que pueda hablarse en los mismos de carga de la prueba en sentido subjetivo o formal; en cambio, la necesidad de resolver las dudas sobre la certeza que en este proceso puedan surgir, y de resolverlas de igual forma, hace necesaria la existencia de reglas objetivas sobre la carga de la prueba.

Concretamente, los preceptos procesales que evidencian la inexistencia en el proceso penal de reglas sobre la carga de la prueba en sentido subjetivo son, como ponen de relieve Prieto Castro y Gutiérrez de Cabiedes,[20] las siguientes: art. 2, L.E.Crim., a cuyo tenor «todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...»; el art. 362, II, L.E.Crim., «in fine», que dispone que el juez instructor hará consignar en los autos «todos los detalles que puedan utilizarse tanto para la acusación como para la defensa»; el art. 445, L.E.Crim., respecto de las declaraciones testificales, que establece que se consignarán en los autos «todo lo que pueda servir así de cargo como de descargo», y finalmente el art. 729, 2, L.E.Crim., que

19. ROSENBERG, *ob. cit.*, p. 24.
20. PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 217.

permite que se practiquen las diligencias de prueba «no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación».

De los preceptos mencionados se deduce que en el proceso penal todos, menos el acusado, deben probarlo todo.[21]

En cuanto a la carga objetiva de la prueba, no existe a lo largo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ninguna regla que de modo explícito y concluyente indique el contenido de la resolución que el juez debe dictar cuando dude de la veracidad de los hechos alegados en el proceso penal. No obstante, como dice Gómez Orbaneja,[22] el problema del hecho incierto en el proceso penal se presenta de un modo radicalmente diferente que en el proceso civil: «No cabe hablar de distribuir equitativamente entre las partes el daño que resulte de la indeterminación de los hechos, porque el daño que representa la condena del inocente no la sufre menos el Estado que el daño de que se escape de la acción de la justicia el delincuente efectivo (y, por regla general, condenándose al inocente, cuando hay un culpable, se producen ambos daños a la vez). El problema se plantea, pues, de este otro modo: entre los dos intereses contrapuestos, pero de un mismo titular, ¿cuál es el que debe prevalecer sobre otro?; entre los dos daños posibles que la falta de prueba acarrea, ¿cuál de los dos debe ser incondicionalmente evitado?»

Razones de justicia y equidad (STS de 4 de marzo de 1976, RA 2131) son las que han determinado la postura doctrinal y jurisprudencial de que es preferible absolver a un culpable a condenar a un inocente, y para ello se consideró aplicable como criterio de solución de las dudas judiciales un principio general del Derecho, el principio «in dubio pro reo», principio compartido por los países de nuestra área cultural y profundamente arraigado en la conciencia general.[23] Del principio «in dubio pro reo» se puede encontrar una explícita referencia en el *Digesto* (lib. 19, 1, 5),[24] y tras la entrada en vigor de la L.E.Crim. encuentra su justificación en algunos pasajes de su Exposición de Motivos.[25]

21. ARAGONESES opina, sin embargo, que «en los delitos perseguibles a instancia de parte parece que debe seguirse sobre la carga de la prueba el principio dispositivo, aunque es dudoso y, desde luego, no se aplica a los procesos que sólo están condicionados a la denuncia del ofendido», *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1981, p. 289.
22. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con HERCE), Madrid, 1986, p. 280. *Vid.* también ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1984, pp. 101 y ss.
23. *Vid.* en el mismo sentido SARACENO, *ob. cit.*, p. 237.
24. MARTÍNEZ VAL, «El principio in dubio pro reo», en *R.G.L.J.*, 1956, p. 331.
25. Atrás han quedado las prácticas vigentes en el proceso penal castellano

En la Exposición de Motivos de la L.E.Crim., entre otras cosas, puede leerse, respecto del juicio oral, lo siguiente: «Están enfrente uno de otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad; pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la Ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del Derecho, no por eso deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales»; asimismo, el legislador alude en otro pasaje a que «el ciudadano libre no debe expiar faltas que no son suyas ni ser víctima de la impotencia o el egoísmo del Estado».

No obstante, el ámbito de aplicación del principio «in dubio pro reo» no era un tema pacífico.[26]

En la doctrina, Martínez Val[27] mantenía que el citado principio podía referirse a los hechos, a la calificación jurídica de los mismos, a la participación de los reos, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad y a la pena imponible; criterio amplio que era compartido por Silva Melero,[28] para quien también la insuficiencia de pruebas sobre las causas eximentes o atenuantes o sobre los hechos que modificaban la calificación jurídica el delito debía ser resuelta en favor del reo. Postura más restrictiva mantenían Prieto Castro y Gutiérrez de Cabiedes,[29] que consideraban aplicable el principio «in dubio

de tipo inquisitivo durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Durante esta época los reos no gozaban de una efectiva presunción de inocencia; era por esto que el juez no podía imponer castigos a los reos aun cuando la culpabilidad de los mismos no hubiera quedado totalmente probada, condenándose en estos casos a penas arbitrarias menores que la legal ordinaria. *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pp. 171 y ss. A juicio de ROXIN, la lucha por la seguridad jurídica contra las instituciones desarrolladas por el Derecho común (pena impuesta en base a sospechas y absolución de la instancia), preparó el terreno para el reconocimiento del principio «in dubio pro reo», y, afirma que, tras el establecimiento del principio de la libre valoración de la prueba en el siglo XIX, es el principio «in dubio pro reo», indiscutible garantía del Derecho consuetudinario, *Strafverfahrensrecht*, 19 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1985, p. 82.
26. *Vid.* ROXIN, *ob. cit.*, p. 8.
27. MARTÍNEZ VAL, cit., pp. 330 y ss.
28. SILVA MELERO, «El régimen de la prueba penal», en *R.D.Proc.*, 1950, p. 401.
29. PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *ob. cit.*, p. 219; también GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El prtincipio pro reo*, en *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1974, p. 486.

pro reo» a la duda sobre los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, y Gómez Orbaneja,[30] para quien «el principio "in dubio pro reo" debía cubrir... tanto los hechos constitutivos del delito, o que forman parte del tipo penal (incluyendo la acción, el resultado y el nexo de causalidad), como la imputabilidad y la culpabilidad, y las causas obstativas excluyentes de la responsabilidad y de la punibilidad». Pero es Fenech[31] quien restringe al máximo el ámbito del principio «in dubio pro reo», al limitar su aplicación a los casos en que la incerteza afectara a los hechos constitutivos del fundamento facticio de la pretensión, aunque a la vez extiende su aplicación a los casos de duda sobre la concurrencia de circunstancias agravantes.

En la jurisprudencia tampoco han faltado vacilaciones en la aplicación del principio «in dubio pro reo». Mientras la STS de 29 de noviembre de 1968 (núm. C.L. 1616)[32] declaraba que «el brocardo jurídico "in dubio pro reo", no es ni representa más que una regla de apreciación de las pruebas que manda, por razones de alta política criminal, abstenerse cuando existan dudas racionales y lógicas sobre si los hechos denunciados se han cometido», y en el mismo sentido la STS de 3 de febrero de 1969 (RA 506); otras sentencias consideran aplicable el principio «in dubio pro reo» a la resolución de las dudas interpretativas; tal es el caso de las Ss. TS. de 10 de enero de 1951 (RA 20) y 8 de mayo de 1943 (RA 606), que aplicaban el citado principio a los casos de duda judicial sobre la participación que en los hechos tuvieron los inculpados, y las Ss. TS de 8 de noviembre de 1971 (núm. C.L. 1320), 19 de diciembre de 1981 (RA 5112) y 18 de enero de 1983 (RA 26), declaraban con unanimidad que en caso de duda sobre el tipo delictivo que constituyen los hechos debía estarse a la solución más favorable al reo.

En cuanto a la duda sobre la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad, la mayor parte de la jurisprudencia exige que para ser apreciadas deben de estar tan probadas como el hecho mismo; en este sentido pueden verse las Ss. TS de 30 de mayo de 1968 (núm. C.L. 884), 14 de marzo de 1969 (núm. C.L. 504) y 2 de febrero de 1976. Esta postura se basa en la presunción de voluntariedad de la acción penal, que proclamaba el artículo 1, párr. 2 del C.P., hoy modificado por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y que sólo podía quedar sin efecto cuando la contrapresunción que la eximente representaba se derivase como evidente y cierta de la realidad material descrita (STS 30 de mayo de 1968). No obstante lo expuesto, no faltaron algunas sentencias que en caso de duda sobre las circunstancias eximentes aplicaron el principio «in dubio pro reo», tal es el caso de la STS de 4 de mayo de 1976 (RA 2131).

30. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con HERCE), *ob. cit.*, p. 281.
31. FENECH, *Derecho procesal penal*, I, Ed. Labor, 1960, p. 616.
32. Han sido consultadas las sentencias del Tribunal Supremo sobre el principio «in dubio pro reo» desde 1975; las sentencias que se citan de fecha anterior han sido recogidas del Diccionario de Jurisprudencia penal, I, Ed. Aranzadi, 1972, y del Diccionario índice de Jurisprudencia penal (1957-1972), del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1975.

Sobre la posibilidad de aplicar el principio «in dubio pro reo» a los casos de duda sobre la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, esto es, atenuantes y agravantes, la jurisprudencia mayoritaria, reflejada ya en la STS de 24 de noviembre de 1889 declaraba que «las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, no pueden en caso alguno derivarse de meras presunciones, siquiera sean racionales o verosímiles, sino de hechos concretos de existencia indudable en la conciencia del juzgador»; en el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las Ss. del TS de 19 de noviembre de 1957 (núm. C.L. 920), 3 de noviembre de 1959 (núm. C.L. 925), 2 de diciembre de 1959 (núm. C.L. 1045), 14 de diciembre de 1959 (núm. C.L. 1078), 7 de diciembre de 1960 (núm. C.L. 1034), 5 de junio de 1961 (núm. C.L. 639), 1 de abril de 1968 (núm. C.L. 517), 4 de mayo de 1972 (núm. C.L. 701).

Sin embargo, cuando se examinan en concretos supuestos la concurrencia de circunstancias agravantes, el Tribunal Supremo suele justificar su no aplicación en caso de duda en base al principio «in dubio pro reo», tal es el caso de las Ss. del TS de 11 de octubre de 1948 (RA 1226) y 24 de enero de 1957 (RA 216).

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. *Su constitucionalización*

En el momento actual, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no es necesario acudir a un principio general del Derecho para encontrar una regla que indique al juez o Tribunal penal cómo debe de resolver en caso de duda, ya que el art. 24.2 de la Constitución proclama, dentro de la sección dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas, el derecho a la presunción de inocencia.

La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia se inscribe dentro de una corriente generalizada de constitucionalización de determinadas normas procesales, lo que ha dado lugar a que por algunos autores[33] se hable de la existencia de un «Derecho constitucional procesal», que estudiaría las normas procesales recogidas en

33. MONTERO AROCA, *Derecho procesal*, I (apuntes para tercer curso de licenciatura), Valencia, lección 13, pp. 271 y ss.

las Constituciones; pero aún más, se ha destacado también que se está produciendo un fenómeno de internacionalización de algunos principios procesales, y en este sentido el art. 10.2 de la Constitución española señala que: «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

A nivel internacional, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra recogido en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que proclama que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...», y en el mismo sentido se manifiestan el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966; el art. 8.2 de la Convención americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969; la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su art. 26.1, y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que en su art. 6.2 dispone que «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida».

2. *Destinatarios del derecho constitucional a la presunción de inocencia*

El art. 53 de la Constitución, en su número 1, declara que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos».

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, en consecuencia, al estar incluido en el citado capítulo debe ser respetado por todos los poderes públicos (en este sentido Ss. TS de 29 de abril de 1982, RA 2279; 16 de noviembre de 1982, RA 7143; 27 de diciembre de 1982, RA 7869; 26 enero 1983, RA 55; 31 de enero de 1983, RA 76): por el legislativo cuando elabore las leyes, ya que de lo contrario serían tachadas de inconstitucionales; por la Administración cuando dicte disposiciones o actos administrativos, especialmente en el curso de procedimientos sancionadores (en este sentido, entre otras, Ss. TS de 27 de junio de 1980, RA 2686; 10 de junio de 1981, RA 2450; 17 de febrero de 1981, RA 629, y 30 de marzo de 1983, RA 1587); y, por último, también por los órganos judiciales.[34]

34. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 294 y ss.

Aunque la presunción de inocencia deba ser respetada por todos los poderes públicos, nuestro estudio se va a limitar a analizar su aplicación por los órganos judiciales.

3. *Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia*

Una vez determinadas las normas que contemplan el derecho a la presunción de inocencia, y los sujetos destinatarios de la misma, corresponde averiguar su naturaleza jurídica, con el fin de establecer si nos encontramos realmente ante un acto presunto.

No obstante las numerosas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que han calificado a la denominada presunción de inocencia de presunción «iuris tantum» de derecho, la llamada presunción de inocencia no es el resultado de una presunción, si por tal entendemos, siguiendo al profesor Serra:[35] «aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones».

En efecto, en la presunción de inocencia no pueden encontrarse los elementos que forman la estructura de la presunción, y que son: la afirmación base, la afirmación presumida y el enlace entre ambas como consecuencia de la aplicación de una máxima de la experiencia.

En la presunción de inocencia empieza por faltar un hecho base o indicio del que, una vez probado y aceptado por el Tribunal, se extrae como hecho consecuencia la presunción de inocencia.[36]

Si bien la inexistencia de la afirmación base es argumento suficiente para negar que la denominada presunción de inocencia sea una auténtica presunción,[37] podemos afirmar a mayor abundamiento que la presunción de inocencia no pasa a formar parte del supuesto de hecho de la sentencia que es lo característico de las afirmaciones consecuencia.[38]

35. SERRA, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Ed. Nauta, Barcelona, 1963, p. 17.
36. *Vid.* CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en *Estudios de Derecho procesal* (con FENECH), pp. 315 y ss.
37. SERRA, *Normas de presunción...*, *ob. cit.*, p. 29.
38. *Vid.*, en este sentido, SERRA, *Normas de presunción...*, *ob. cit.*, p. 30 y ss., y CARRERAS, *Naturaleza jurídica...*, cit., pp. 345 y ss.

4. *Ámbito material de aplicación de la presunción de inocencia por los órganos judiciales*

Si bien la expresión presunción de inocencia podría hacer pensar en su aplicación exclusiva en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han considerado aplicable el derecho a la presunción de inocencia a otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal.[39]

Vamos a destacar estas sentencias significativas de la postura jurisprudencial española sobre el ámbito material de aplicación de la presunción de inocencia.

A. Comenzando por las sentencias del Tribunal Constitucional, debemos citar en primer lugar la S. 13/1982, de 1 de abril, que recurría en este caso una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que privaba al padre de la guarda de los hijos menores, en base a una sospecha de homosexualidad.

El Tribunal Constitucional estimó que la sentencia de la Audiencia Provincial había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque en base a un hecho que expresamente consideró no probado, la homosexualidad, había extraído consecuencias jurídicas que limitaban claramente los derechos que al padre pudieran corresponderle, declarando el Tribunal que «el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo de enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se basa en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio de los mismos o limitativo de sus derechos».

La STC 36/1985, de 8 de marzo, reiteró esta doctrina afirmando la extensión de la presunción de inocencia a otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal. También la STC 37/1985, de 8 de marzo, en que se apreció la infracción del derecho a la presunción de inocencia en un proceso laboral sobre despido de una trabajadora a la que se imputaba haberse apropiado de una pieza de carne del supermercado en que prestaba sus servicios, porque la actividad probatoria practicada en el juicio no guardaba ninguna relación con la acreditación del incumplimiento alegado por el empresario en su carta de despido.

Más recientemente, la STC 73/1985, de 14 de junio, estimó que no podía hablarse, como hacía el recurrente, de violación del derecho a la presunción de inocencia, porque «no estamos aquí en presencia de un procedimiento penal o sancionador».

B. En cuanto a los pronunciamientos emitidos por el TS, cabe citar la sentencia de 10 de diciembre de 1983 (RA 6190), que trataba del caso de un trabajador despedido al que se imputaba una actividad delictiva. El Tribunal Supremo declaró en este caso que: «... el principio de presunción de inocencia tiene vocación generalizadora, extensible a todos los órdenes jurisdiccionales y que por consiguiente es de aplicación potencial a cualquier situación de Derecho público o privado, en especial en conductas determinantes de la imputación de un hecho punible, de acuerdo con la extensa doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional. También la STS de 21 de septiembre de 1984 (RA 4451), que reitera la vigencia en el proceso laboral del derecho a la presunción de inocencia.

Como se deduce de las sentencias citadas, nuestra jurisprudencia aplica el derecho a la presunción de inocencia en todos los casos en que, como consecuencia del proceso, pueda imponerse una pena, entendiendo este término como sanción o medida retributiva que castiga una acción u omisión ilícita, y que generalmente consiste en la privación de un derecho; lo que permite su aplicación, además de las penas propiamente criminales (delitos y faltas), a otras sanciones jurídicas que, como dice Bobbio, limitan o anulan una facultad o poder o *status* jurídicamente protegido, y que van desde la privación de una capacidad jurídica, como la de testar, a la supresión de toda capacidad jurídica, desde la privación de un *status* particular, como el de padre o cónyuge, a la supresión del *status* de miembro del grupo de ciudadanos, de la interdicción temporal y parcial a la interdicción permanente y total de este o de aquel oficio en la sociedad.[40]

Sin embargo, el que la presunción de inocencia se aplique por la jurisprudencia a órdenes jurisdiccionales distintos del penal no signi-

39. En el debate de la Constitución en el Congreso de los Diputados (sesión n.º 10 celebrada el lunes 22 de mayo de 1978) al defenderse la enmienda n.º 691 (presentada por el señor López Rodó) se propuso una nueva redacción del art. 24.2 —que se corresponde con el actual art. 24.2, ap. 1.º— con el fin de que se dieran cabida en su redacción también a los juicios civiles y los contencioso administrativos, porque en la citada redacción, alegaba el enmendante «es evidente que solamente caben los procesos penales y que quedan excluidos de esta redacción los juicios civiles y los procesos contencioso administrativos».

En el turno en contra (señor Peces Barba) se afirmó que, «efectivamente, este número dos, se refiere al proceso penal». La enmienda fue rechazada.

Por otro lado, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 32/1986, de 21 de febrero ha declarado que «los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución no son exclusivos del orden penal, sino que tienen su vigencia frente a todas las instancias públicas represivas».

40. En cuanto a la distinción entre los conceptos material y formal de la penal, *vid.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal* (parte general), Universidad de Valencia, 1984, p. 675; BOBBIO, *Sanzione*, en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, t. XVI, 1969, p. 534.

fica que el acusado absuelto en el ámbito penal, por aplicación del derecho a la presunción de inocencia, no pueda ser sancionado, en base a los mismos hechos, por los Tribunales de otro orden.[41]

Debemos por último señalar que el derecho a la presunción de inocencia es predicable individualmente de todos y cada uno de los procesos en los que se trate de imponer sanciones o limitaciones de derechos, en este sentido el TC en S. 159/1985, de 27 de noviembre, señaló que «la presunción de inocencia habrá de seguir considerándose desconocida aun en el caso en que omitida la necesaria actividad probatoria en un proceso, la resolución del mismo se hubiere adecuado a la verdad jurídica, debidamente determinada después de otro proceso diferente».

III. La presunción de inocencia en el proceso penal

1. *Significado del derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal*

Limitándonos al estudio de la presunción de inocencia en el proceso penal, como han declarado el Tribunal Constitucional (S. 24 de julio de 1981) y el Tribunal Supremo (A. de 27 de enero de 1982, RA 151 y 27 de junio de 1980, RA 2686), este derecho fundamental opera en el juicio desplazando la carga de la prueba a los acusadores, y en el momento de la sentencia significa que la falta o insuficiencia de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia.

41. La S. TC 24/1984, de 23 de febrero, declaró que «así las cosas, no puede sostenerse de modo convincente la violación de la presunción de inocencia. Es claro que el juez penal la ha respetado. No lo es que el Magistrado de Trabajo no podía y no estaba obligado a atenerse a la sentencia penal; no podía porque su sentencia fue anterior y no estaba obligado porque él, el Magistrado de Trabajo, juzgaba la conducta del trabajador bajo otra perspectiva y bajo otras normas y debía hacerlo con plena independencia. En definitiva: no significa ir contra la presunción de inocencia apreciar una culpa relevante en el orden laboral, inferida por el juez tras una determinada actividad probatoria, aunque luego, desde otra óptica y en otro orden normativo, el juez penal estime no desvirtuada en la penal la presunción de inocencia de la misma persona.

También la S. TC 77/1983, de 3 de octubre, se pronunciaba en el mismo sentido: «Es verdad que unas mismas pruebas condujeron al juez de Instrucción a aplicar en beneficio del reo el criterio de la duda razonable y al Gobierno Civil a darlos como hechos probados, pero este acto no permite suponer que se haya violado la presunción de inocencia, porque lo que ocurre es que las apreciaciones del material probatorio fueron distintas, lo que plantea un problema de carácter diverso», cual es el de la extensión y límites de la potestad sancionadora de la Administración. *Vid.*, en el mismo sentido, S. TC 36/1985, de 8 de marzo.

Pero no obstante ser los citados los aspectos más destacables de la presunción de inocencia, no son sus únicas manifestaciones, ya que, como veremos, sus efectos abarcan todo el proceso penal, desde su iniciación hasta que termina por sentencia firme.

Antes de pasar al análisis de las diversas manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal, deben tenerse presentes las dos siguientes limitaciones de este derecho.

En primer lugar, el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser infringido por los órganos judiciales a lo largo del procedimiento establecido, así lo puso de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S. de 27 de febrero de 1980 (caso Deweer). Es decir, de haberse producido una infracción del procedimiento establecido, la violación del derecho a la presunción de inocencia queda subsumida en aquél.

En este sentido, el TEDH declaró que en el caso que contemplaba la S. de 27 de febrero de 1980 no se habían violado los parágrafos 2 y 3 del art. 6 del Convenio, ya que «revisten el carácter de aplicaciones particulares del principio general enunciado en el parágrafo 1. La presunción de inocencia que consagra el parágrafo 2 y los diversos derechos que el parágrafo 3 enumera en términos no exhaustivos constituyen elementos, entre otros, de la noción de proceso justo en materia penal».

Por otro lado, también conviene precisar que en el proceso penal no puede alegarse la presunción de inocencia respecto de hechos que no son objeto de enjuiciamiento y condena en el proceso en el que se toman en consideración, en este sentido se ha pronunciado el TEDH en S. de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros), al declarar que el derecho a la presunción de inocencia que proclama el apartado 2 del art. 6.º: no impide al juez nacional, al pronunciarse sobre la sanción a imponer a un acusado legalmente convicto de la infracción sometida a su veredicto, tener en cuenta factores relativos a la personalidad del interesado.[42]

2. *Vigencia del derecho a la presunción de inocencia*

Una vez establecido que el derecho a la presunción de inocencia no puede ser violado por los órganos judiciales sino a lo largo de un proceso justo, y sólo respecto de hechos que vayan a ser objeto de

42. S. T.E.D.H. de 8 de junio de 1976: «El Tribunal Superior Militar ha declarado legalmente la culpabilidad de los señores Dona y Schul en cuanto a la falta de la que respondían ante él. Es al solo fin de fijar su pena en función de su carácter y de sus antecedentes que ha tomado también en consideración ciertos hechos análogos verificados y de los cuales no se contestaba la materia penal, en *R.G.L.J.*, 1978, pp. 488 y 489.

enjuiciamiento y, en su caso, condena en el mismo, debemos empezar por averiguar desde qué momento del proceso puede alegarse el derecho a la presunción de inocencia.

El TEDH, en S. de 27 de febrero de 1980 (caso Deweer) declaró sobre este tema que «en materia penal el plazo razonable del art. 6, párrafo 1 (acusación en materia penal), comienza necesariamente el día en que una persona se encuentra acusada. Ahora bien, en ocasiones se tiene por punto de partida una fecha anterior a la intervención de la jurisdicción del juez, del Tribunal competente para decidir sobre el fundamento de la acusación. Las sentencias de Wemhoff y Neumeister de 27 de junio de 1968, y después la sentencia Ringeisen de 16 de julio de 1971, lo han fijado, respectivamente, en el momento del arresto, de la inculpación y de la apertura de las investigaciones preliminares».

Para Illuminati,[43] el derecho a la presunción de inocencia constituye una regla de tratamiento del imputado y una regla del juicio. En el primer caso, se refiere a las condiciones del imputado a lo largo del proceso, y en virtud del mismo se impide toda forma de equiparación del imputado al culpable, se excluye la ejecución provisional de la condena y cualquier anticipación de la pena; en cuanto regla de juicio, va ligada a la estructura del proceso y en particular a la técnica de averiguación del hecho, su completa realización impone un sistema de tipo acusatorio, en el que se excluye que el imputado deba demostrar su inocencia y se impone a la acusación el deber de demostrar de modo pleno la culpabilidad, lo cual conlleva que en caso de duda el juez debe absolver, sin que a cargo del absuelto resulten consecuencias negativas de ningún género.

A nuestro juicio, desde la incoación del sumario, y a lo largo de todo el proceso penal, debe desplegar su virtualidad el derecho a la presunción de inocencia.[44]

Iniciado el proceso penal, como pone de manifiesto Gómez Orbaneja,[45] los intereses coexisten: el interés de que no se escape de la pena el culpable y el interés de que no se imponga pena al inocente; afirmación que ya lleva implícita el reconocimiento de que el derecho a la presunción de inocencia no puede tener carácter absoluto.

Vamos a analizar a continuación las implicaciones del derecho constitucional a la presunción de inocencia hasta el momento de dictar sensencia, y en el momento en que el juez debe emitir una resolución..

43. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bolonia, 1984, páginas 29 y 30.

44. *Vid.* HABERSTROH, *Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch*, en *Neue Zeitscrift für Strafrecht*, 1984, n.º 289.

A) *Desde la incoación del sumario hasta que se dicta sentencia*

Hasta el momento de dictar sentencia el derecho a la presunción de inocencia significa que el acusado debe ser considerado inocente, y, en consecuencia, no se pueden adoptar medidas limitativas de sus derechos sin que exista una justificación objetiva acorde con la Constitución. Como veremos, no puede concedérsele mayor extensión ni distinto significado a la presunción de inocencia, pues, como indicaba Gutiérrez de Cabiedes,[46] si bien con referencia al principio «pro reo», «su aplicación nunca puede ser causa de incumplimiento de la finalidad del proceso penal». Veámoslo detalladamente.

a) *Medidas cautelares*

A lo largo del proceso penal pueden adoptarse medidas cautelares como la detención, prisión, fianzas y embargos para el aseguramiento de las penas,[47] y en cuanto que la adopción de tales medidas cautelares se funda en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad del sujeto sometido a ellas,[48] son muchos los autores que consideran la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en el proceso penal una contradicción o, cuanto menos, un serio obstáculo al reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia.[49]

No compartimos esta postura; la compatibilidad entre las medidas cautelares, como la prisión provisional o la detención, y la presunción de inocencia, se deduce del hecho de que ambas aparecen reconocidas en nuestra Constitución (arts. 17 y 24.2), y en textos internacionales (art. 5.3 y 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos).

La adopción de medidas cautelares en el proceso penal no supone una contradicción, aunque sí una limitación al derecho a la presunción de inocencia; limitación que viene exigida por la necesidad de que se cumpla en el proceso penal la función judicial de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», mediante el aseguramiento de la persona

45. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con HERCE), *ob. cit.*, p. 280. También GUTIÉRREZ DE CABIEDES, para quien «durante el proceso y hasta la hora de dictar sentencia el principio pro societate prima sobre la regla pro reo», *El principio pro reo*, cit., p. 502.

46. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio pro reo*, cit., p. 505.

47. Para la determinación de las medidas cautelares en el proceso penal, *vid.* ORTELLS RAMOS, para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal, en *RGLJ*, 1978, pp. 488 y 489.

48. *Vid.* ORTELLS RAMOS, *idem* nota anterior, pp. 443 y ss.

49. *Vid.* SILVA MELERO, «Presunciones e indicios en el proceso penal», en *R.G.L.J.*, 1944, pp 533 y ss.

o los bienes del presunto responsable. Por tanto, las medidas cautelares que se adopten en el proceso penal, aun cuando tengan por presupuesto la sospecha de la culpabilidad del acusado, son compatibles con el derecho a la presunción de inocencia cuando no tengan una finalidad meramente sancionatoria, sino propiamente cautelar de regular el desenvolvimiento del proceso o de garantizar su resultado.[50]

En este sentido, la compatibilidad entre las medidas cautelares y la presunción de inocencia ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 108/1984, de 26 de noviembre, en estos términos: «La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irracional no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso».

También la STC 41/1982, de 2 de julio, confirmó la compatibilidad de la prisión provisional y la presunción de inocencia, declarando que «todos los textos —internos e internacionales— valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad; al consistir la prisión provisional en una privación de libertad debe regirse por el principio de excepcionalidad»; recordando, en apoyo de esta tesis, la Resolución 11 del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, en la que recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: *a*) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; *b*) debe considerarse como medida excepcional, y *c*) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso aplicarse a fines primitivos.[51, 52]

50. *Vid.* en este sentido ILLUMINATI, a cuyo juicio no es posible pretender que las medidas coercitivas no tengan ninguna relación con la futura condena; la Ley busca como presupuesto de toda medida coercitiva la existencia de suficientes indicios de culpabilidad; lo importante es que una vez cumplido este presupuesto las restricciones a la libertad estén exclusivamente motivadas por un fin cautelar, *ob. cit.*, p. 47.

A favor de las medidas cautelares penales basadas en la sospecha y la presunción de inocencia se pronuncia también ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19 Auflage, Verlag C.H. Beck, p. 59.

51. En la resolución 11 del Consejo de Europa se inspiraron las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 23 de abril de 1983 y 26 de diciembre de 1984, que modificaron los artículos 503 y 504, como se puede apreciar en la Exposición de Motivos de ambas.

Por otro lado, el art. 5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, dispone que «el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos».

52. Por lo que respecta al orden civil, el Tribunal Constitucional, en S. 178/

La presunción de inocencia se convierte así, como indica Moreno Catena,[53] «en un límite teleológico de todas las medidas cautelares que se adopten y se impongan durante el proceso», por lo que, a nuestro juicio, este derecho que reconoce el art. 24.2 de la Constitución resultará vulnerado, como ya hemos dicho, cuando estas medidas no respondan a exigencias cautelares y se conviertan en una pena anticipada.

Centrándonos en la regulación de la prisión provisional, que como puso de relieve Moreno Catena,[54] es «la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie una sentencia judicial firme que lo justifique», algunos de los presupuestos de su adopción, previstos en la actual regulación legal, no responden a exigencias cautelares; es el caso en el art. 503, 2.°, L.E.Crim., de: la alarma social que su comisión haya producido y la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, que no se justifican en base a la existencia de un «periculum in mora».

La prisión provisional que se adopte en base a alguno de estos presupuestos cumple, bien una función de prevención de futuros delitos —de medida de seguridad— cuya adopción es más propia de un proceso de peligrosidad; bien —en palabras de Ortells— la de «dar satisfacción inmediata a un sentimiento social de indignación por el hecho», que presupone la culpabilidad de acusado.

b) *Procesamiento*

El auto de procesamiento, que se dicta cuando a juicio del juez instructor resulta probable que el acusado haya realizado un hecho delictivo, o, como dice la Ley, cuando existan indicios racionales de crimi-

1985, de 19 de diciembre, afirmó la constitucionalidad del arresto del quebrado, y su plena compatibilidad con la presunción de inocencia: «si se interpreta el precepto (art. 1044, regla segunda del Cód. de Comercio de 1829) como una habilitación al juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los bienes que la justifiquen...».

53. MORENO CATENA, en torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980, en *R.D.Proc.*, 1981, p. 642.

54. MORENO CATENA, *idem* nota anterior.

55. *Vid.* ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización*, cit., p. 456 y ss.; MORENO CATENA, *En torno a la prisión...*, cit., pp. 643 y ss.

A juicio de ILLUMINATI, en los casos en que la prisión preventiva cumple una función de pública ejemplaridad o de prevención del delito, sale del ámbito procesal que le es propio, para desenvolverse en un campo idéntico al de la pena, con lo que se asimila el imputado al culpable. Por ello, si se quiere evitar que la prisión preventiva represente una anticipación de la pena, no se debería consentir la introducción de conceptos como la alarma social generada por el delito, la exigencia de una inmediata reacción de la colectividad o el peligro de comisión de nuevos delitos, *ob. cit.*, p. 42.

nalidad contra una persona (art. 384, I, L.E.Crim.), tampoco puede reputarse contrario al derecho a la presunción de inocencia, ya que el procesamiento no supone más que una «declaración de presunta culpabilidad» [56] del procesado.

No compartimos, por tanto, la postura de algún sector doctrinal, que propuso la supresión del auto de procesamiento, por considerarlo una institución innecesaria en nuestro sistema legal y excesivamente gravosa para el procesado.

Viada,[57] uno de los autores más representativos de la corriente contraria al mantenimiento del auto de procesamiento, justificaba su postura en el carácter sancionador que para la conciencia social española tiene el auto de procesamiento, de modo que —decía— «aunque teriormente se absuelva al procesado, éste puede decirse que ha sufrido una pena anticipadamente y sin garantías legales».

El mantenimiento del auto de procesamiento en nuestro sistema legal, es necesario porque, como decía Fairen,[58] cumple una importante función, cual es el constituir un paso necesario en la determinación de la legitimación pasiva dentro del proceso, y por tanto, una garantía de que el juicio oral se dirigirá solamente contra el procesado.[59]

Las críticas realizadas al auto de procesamiento se dirigen más a una serie de medidas de seguridad [60] o efectos extraprocesales [61] que pueden adoptarse en el mismo.

Estos efectos extraprocesales o medidas de seguridad, suponen en palabras de Gimeno [62] «una restricción en el libre ejercicio de determinados derechos subjetivos del procesado», y nuestra L.E.Crim. contempla dos: la privación provisional del permiso de conducir (arts. 529 bis y 786, 2, c); y la suspensión provisional de los Jueces y Magistrados contra quienes se haya dictado auto de procesamiento por delito cometido en el ejercicio de sus funciones (art. 775, dos).[63]

56. En este sentido, HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), *ob. cit.*, p. 179.

57. VIADA-ARAGONESES, *Curso de Derecho procesal penal*, II, Madrid, 1968, página 69.

58. FAIREN, *Procesamiento, sobreseimiento, acusación*, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Ed. Tecnos, 1969, p. 1279.

59. También ALMAGRO NOSETE, para quien el auto de procesamiento «privado de ciertas adherencias jurídicas cumple una importante función de clarificación y al mismo tiempo de garantía, por lo que la institución del auto de procesamiento no debe ser suprimida sino más bien mejorada», *Constitución y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1984.

60. ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización de las medidas cauterales...*, *ob. cit.*, p. 481.

61. GIMENO SENDRA, «El auto de procesamiento», en *R.G.L.J.*, 1979, n.º 3, p. 341.

62. *Idem* nota anterior.

63. Previsión similar se contiene en el art. 24 de la Ley Orgánica del Tribunal

Estas medidas no tratan de asegurar el cumplimiento de una eventual y futura sentencia de condena, no son medidas cautelares; son medidas con las que se trata de prevenir la comisión de futuros delitos, se basan en la presunta peligrosidad del procesado, son medidas de seguridad, cuya adopción no es propia de un proceso penal.[64]

Para concluir con este apartado, relativo a las relaciones entre el auto de procesamiento y el derecho a la presunción de inocencia, debe advertirse que para decretar el procesamiento la L.E.Crim. sólo exige que del resultado de las investigaciones sumariales practicadas aparezca la «posibilidad racional de que una persona es autora de determinados hechos, y de que éstos son subsumibles en principio en algún tipo delictivo»,[65] lo que significa que aún la incertidumbre sobre la concurrencia de los indicios racionales de criminalidad debe dar lugar a la declaración de procesamiento. Y esto no se opone al derecho a la presunción de inocencia, tanto porque en este momento no se debate todavía el tema de la inocencia o culpabilidad del acusado, como porque el derecho a la presunción de inocencia no puede suponer un obstáculo a la averiguación en el juicio de la existencia de un culpable, con la consiguiente imposición de una pena, que son las finalidades del proceso penal.

c) *Sobreseimiento libre y provisional*

Los autos de sobreseimiento libre y provisional, que producen la terminación anticipada y la suspensión del proceso penal, respectivamente, son también, como vamos a ver, totalmente compatibles con el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El Tribunal, en el momento de decidir entre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, se encuentra vinculado por la petición que realicen las partes acusadoras, y deberá mandar que se abra el juicio oral siempre que lo pida, al menos, una de ellas (arts. 642 y ss., L.E.Crim.); la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo contempla una excepción a esta regla en el art. 645, I, L.E.Crim.

De seguirse proceso penal por delitos públicos o semipúblicos, el Ministerio Fiscal, llegado este momento del proceso, debe sostener la

Constitucional, a cuyo tenor: «Los Magistrados del Tribunal Constitucional podrán ser suspendidos por el Tribunal, como medida previa, en caso de procesamiento o por el tiempo indispensable para resolver sobre la concurrencia de alguna de las causas de cese establecidas en el artículo anterior. La suspensión requiere el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros del Tribunal reunido en Pleno.»

64. *Vid.* GIMENO SENDRA, *ob. cit.*, p. 343, y ORTELLS RAMOS, *ob. cit.*, páginas 456 y 481.

65. CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento...*, *cit.*, p. 461.

acción, salvo que tenga la certeza de que concurren alguno de los motivos que permiten que se dicte un auto de sobreseimiento.

Por lo que respecta al sobreseimiento libre, tal exigencia se contiene en las Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1885 y 10 de octubre de 1887.

A tenor de la Circular de 10 de octubre de 1887, los Fiscales observarán las reglas siguientes: «1.º solicitarán el sobreseimiento con arreglo a los números 1.º y 2.º del art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal siempre que del sumario apareciere con claridad su procedencia, y en caso contrario solicitarán la apertura del juicio oral y formularán sus conclusiones en sentido acusatorio o por lo menos en forma alternativa que permita la prosecución del juicio, a reserva de modificarlos en el sentido procedente después de practicadas las pruebas; 2.º, para solicitar el sobreseimiento con arreglo al núm. 3 del referido art. 637, será indispensable que la exención aparezca del sumario de un modo indudable; mas si así no fuere, pedirán la apertura del juicio, teniendo presente lo dispuesto en la regla anterior».

También la Fiscalía del Tribunal Supremo, en respuesta a una Consulta (consulta núm. 5, de fecha 14 de febrero de 1955) declaró que «la aplicación del número tercero del artículo 637 de la L.E.Crim. debe ser restringidísima, porque como se ha dicho reiteradamente en Circulares y consultas de esta Fiscalía, es indispensable que la circunstancia de exención aparezca de modo indubitado. De ahí que salvo los casos en que la edad juega como eximente o en que existe un notorio estado mental que excluye la responsabilidad, se recomienda acudir al juicio oral para que en él se logre el total esclarecimiento de la eximente con todas las garantías que amparen la justicia de la resolución».

La certidumbre sobre la inexistencia de los elementos fácticos necesarios para pasar al juicio y dictar sentencia, a que se refieren los aps. 1.º y 2.º del art. 641, L.E.Crim., es asimismo necesaria para que el Ministerio Fiscal solicite que se dicte un auto de sobreseimiento provisional. En este sentido la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre de 1883, en su ap. 31 señala que «cuando resulte del sumario haberse cometido un delito, pero se hayan desvanecido por completo los indicios de criminalidad que motivaron el procesamiento, no procederá el sobreseimiento libre, sino el provisional».

El que la mera posibilidad de la existencia de aquellos presupuestos fácticos y jurídicos determine la continuación del proceso penal[66] no supone una derogación del derecho a la presunción de inocencia,

66. *Vid.* Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 190 y ss.

sino que es una consecuencia del principio de necesidad que informa el nacimiento y desarrollo del proceso penal.

Por otro lado, dictado en el proceso un auto de sobreseimiento, cualquiera que sea su clase, el procesado debe ser considerado inocente a todos los efectos.[67]

En conclusión, y por las razones expuestas, no compartimos la opinión de Silva Melero,[68] para quien la presunción de inocencia es inexistente en el proceso penal, y pone como ejemplos demostrativos las situaciones anteriormente descritas de detención preventiva o auto de procesamiento, ni tampoco la postura de autores como Sentís Melendo[69] o Rodríguez Ramos,[70] para los que la presunción de inocencia debe operar en el sentido de resolver en favor del reo la duda sobre la concurrencia de las circunstancias que determinen el procesamiento, la apertura del juicio o la adopción de una medida de seguridad.

Por el contrario, estimamos con Vázquez Sotelo[71] que la acusación,

67. En la S. TC 34/1983, de 6 de mayo, se planteó el problema de si dictado auto de sobreseimiento provisional podía el acusado, en defensa de su honor, proceder contra el denunciante o acusador, teniendo en cuenta que el art. 325 C.P. establece como requisito de procedibilidad contra el denunciador o acusador, que exista sentencia firme o auto de sobreseimiento también firme; el Tribunal Constitucional declaró en esta sentencia que «para resolver tal problema hemos de interpretar el mencionado precepto de conformidad con la Constitución española. En materia de derechos fundamentales, como reiteradamente ha señalado este Tribunal Constitucional, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos, lo que conduce en este caso a la conclusión de que el auto firme de sobreseimiento corresponde tanto al definitivo como al provisional, pues firmes formalmente son los autos de sobreseimiento cuando ya no procede contra ellos recurso alguno, como sucede en el presente caso, en que se ha pronunciado la Audiencia al respecto. De no darse esta interpretación resultaría que el auto de sobreseimiento provisional vendría a impedir el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24, núm. 1, de la Constitución española, por lo que sería incompatible con la misma, al impedir al recurrente el ejercicio del mencionado derecho fundamental frente a acusaciones que califica de falsas, calificación sobre la que en definitiva deben pronunciarse los tribunales. Al llegar a esta conclusión, la Sala tiene también en cuenta, a mayor abundamiento, que el auto de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza, no puede jurídicamente afectar a la presunción de inocencia, y, en consecuencia, el sobreseído ha de ser tenido como inocente a todos los efectos, incluido, por supuesto, el ejercicio de sus derechos, dado que no se ha producido una decisión condenatoria en forma de sentencia».

68. Silva Melero, «Presunciones e indicios en el proceso penal», en *R.G.L.J.*, 1944, pp. 533 y ss.

69. Sentís Melendo, «In dubio pro reo», en *R.D.Proc.*, 1971, pp. 508 y ss.

70. Rodríguez Ramos, *La prisión preventiva y los derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1983, página 484.

71. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, 1984.

el procesamiento o la adopción de medidas cautelares «no suponen más que limitaciones o derogaciones parciales y provisionales (del derecho a la presunción de inocencia) necesarias precisamente para poder adelantar y hacer posible ese camino procesal que conduce al juicio y a la sentencia en la que se establecerá con certeza jurídica si la presunción de inocencia debe prevalecer o debe entenderse vencida por pruebas en contrario demostrativas de la culpabilidad... pero la presunción de inocencia sigue presente y tiene utilidad en cuanto exige que esas limitaciones o derogaciones parciales se limiten a esas precisas exigencias de servir al desenvolvimiento del proceso, para hacer incluso posible la definitiva confirmación de la inocencia».

d) *Prueba*

Durante el período probatorio, el derecho a la presunción de inocencia significa que son los acusadores quienes tienen la carga de aportar las pruebas que acrediten la realización del hecho criminal por la persona del acusado (STS de 27 de junio de 1980, RA 2636, y Ss. TC 77/1983, de 3 de octubre, 124/1983, de 21 de diciembre, y 62/1985, de 10 de mayo).[72]

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, para que pueda entenderse desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia en un proceso penal, es necesario que concurran dos circunstancias: 1) que se produzca una mínima actividad probatoria de cargo, y 2) que esa actividad probatoria tenga lugar con las debidas garantías procesales (STC 10/1985, de 4 de octubre).

En cuanto al primer requisito, en nuestro proceso penal sólo se realizan actividades probatorias, sólo son pruebas, las practicadas en el acto del juicio oral, puesto que los actos de investigación que tienen lugar durante la instrucción, por no respetar los principios de publicidad y contradicción, no pueden ser tomados en consideración en el momento de dictar sentencia, así lo declara la Exposición de Motivos de la L.E.Crim.,[73] la doctrina[74] y la jurisprudencia.[75]

72. El Magistrado del Tribunal Constitucional, don Ángel Escudero del Corral, en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1982 (recurso de amparo núm. 113/1980, B.O.E. de 13 de agosto de 1981), que distingue los dos aspectos que presenta el derecho fundamental a la presunción de inocencia: por un lado impide que el acusado sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, y por otro como atribución de una carga material de la prueba en el proceso penal.

73. Declara la Exposición de Motivos de la L.E.Crim., en uno de sus apartados, que... «Alude el infrascrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros jueces y tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones del juez instructor no serán una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte.»

Excepcionalmente pueden practicarse pruebas con carácter anticipado, y también pueden revestir carácter probatorio actuaciones practicadas con anterioridad al juicio cuando no puedan reiterarse en éste (STC 62/1985, de 10 de mayo), tal sería el caso del test de alcoholemia a los automovilistas, que tiene lugar durante el atestado policial, y al que según el Tribunal Constitucional se le puede asignar «latu sensu» un carácter pericial, dada la imposibilidad de su repetición posterior, siempre que el atestado sea ratificado por los agentes en el correspondiente juicio (art. 297, L.E.Crim.) (Ss. TC 100/1985, de 3 de octubre, 101/1985, de 4 de octubre, 145/1985, de 28 de octubre y 173/1985, de 16 de diciembre).

Fue la STC 31/1981, de 28 de julio, posteriormente seguida por otras muchas, la primera que señaló que la apreciación en conciencia por parte del juez de las pruebas practicadas en el juicio ha de hacerse sobre la base de que exista una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, entendiendo por tal que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acredite la culpabilidad del acusado.

El determinar por parte del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, cuando conocen los recursos, si han existido pruebas de cargo susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia, no reviste problemas en el caso de que las pruebas de cargo sean directas por recaer inmediatamente sobre los hechos relevantes para la condena del acusado, pero sí resulta problemático cuando la condena se basa sólo en la prueba de indicios, esto es, en unos hechos plenamente probados, partiendo de los cuales se llega, a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos del delito.

El Tribunal Constitucional, en S. 174/1985, de 17 de diciembre, de-

74. *Vid.*, entre otros, RAMOS MÉNDEZ, «La situación del enjuiciamiento criminal en España», en *Justicia 83*, p. 557; HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), *ob. cit.*, p. 157, y ARAGONESES, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, p. 245.

75. En la S. TC de 28 de julio de 1981 (recurso de amparo 113/1980), se planteó el tema de si el derecho a la presunción de inocencia podía considerarse infringido por una sentencia que consideró como prueba la confesión efectuada por el acusado ante la policía, confesión que luego no había sido ratificada ni reiterada ante la autoridad judicial; el Tribunal Constitucional declaró que la mínima actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia debía realizarse ante el propio Tribunal penal porque las pruebas a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere (art. 741), son las pruebas practicadas en el juicio.

claró que cuando la única prueba practicada es la indiciaria, con el fin de que este Tribunal pueda apreciar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos que no constituyen base suficiente para inferir de ellos la culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe motivar su sentencia, entendiéndose que «esta motivación, en el caso de la prueba indiciaria, tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia».

El Tribunal Constitucional ha realizado una última precisión sobre la actividad probatoria de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia en la S. 140/1985, de 21 de octubre, caso en que el recurrente niega que exista una mínima actividad probatoria de cargo en relación al delito de robo por el que ha sido condenado, admitiendo por el contrario haber realizado un delito de hurto. En esta sentencia se trataba de determinar si la doctrina sobre la presunción de inocencia se limitaba a configurarla como presunción que queda desvirtuada por la realización de una mínima actividad probatoria de cargo en relación a cualquier delito, o si tal actividad ha de referirse a cada uno de los elementos de hecho del tipo por el cual el juez penal condena en la sentencia, declarando que «no cabe duda de que la existencia de una mínima actividad probatoria de la que puede deducirse la culpabilidad de una persona ha de serlo en relación al delito por el que ha sido condenado y no por otro que, incluso aunque proteja el mismo bien jurídico, declare punibles conductas en parte coincidentes. En definitiva, por lo que aquí interesa, para castigar a una persona por un delito de robo —y no de hurto— deberá existir una mínima actividad probatoria de la que el juez pueda deducir la culpabilidad del procesado respecto al delito de robo».

Ahora bien, en segundo lugar, para que la prueba de cargo practicada pueda desvirtuar la presunción de inocencia debe realizarse con las debidas garantías procesales, y en este sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; de entre estas últimas puede citarse a modo de ejemplo la S. 100/1985, de 3 de octubre, que estimó que la prueba de alcoholemia practicada en el atestado policial había infringido el derecho a la defensa del interesado «desde el momento en que ni siquiera fue informado por los

agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrecía de solicitar la práctica de una segunda medición y un análisis de sangre» (también STC 145/1985, de 28 de octubre).

B) *En el momento de dictar sentencia*

Pasando al tema del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia como regla objetiva sobre la carga de la prueba, en el proceso penal puede distinguirse entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos.[76]

Mientras en el proceso civil, como ya vimos, la duda sobre los hechos constitutivos perjudicaba al demandante, y la duda sobre los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes recaía sobre el demandado, en el proceso penal esta regla sobre la carga de la prueba se ve desplazada por el derecho a la presunción de inocencia.

La aplicación de la presunción de inocencia debe significar que la duda, ya sea sobre los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos,[77] debe beneficiar al acusado, que debe ser absuelto, ya que de su existencia o inexistencia depende la imposición de la pena.[78, 79]

Como señala Gutiérrez de Cabiedes,[80] la principal objeción que

76. En el proceso penal, a diferencia del civil, no puede hablarse de hechos excluyentes, porque, dada la naturaleza de los derechos que en el proceso penal se actúan, el demandado no puede disponer de los hechos.

77. Desaparecida del Código penal la presunción de voluntariedad de los delitos y las faltas, consideramos hechos constitutivos la acción u omisión típica y la culpabilidad.

A la categoría de los hechos impeditivos corresponderían en el proceso penal las causas de exclusión de la antijuricidad, la ausencia de formas de culpabilidad y las causas de inexigibilidad de otra conducta.

Finalmente, a la categoría de hechos extintivos corresponderían en el proceso penal el cumplimiento de la condena, el perdón del ofendido, la amnistía y el indulto, la muerte del reo, la prescripción, y demás supuestos de exclusión o extinción de la pena.

78. También VÁZQUEZ SOTELO considera aplicable el derecho a la presunción de inocencia a la duda sobre los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, *La presunción..., ob. cit.*, p. 287.

79. Como declaró la S. TS de 2 de marzo de 1984 (RA 1675), la presunción de inocencia sólo puede invocarse cuando no existan pruebas de cargo de la participación de un individuo en el hecho punible que se le impute, «pero no para determinar, una vez que esa participación se ha comprobado, si su intervención lo fue en concepto de dolo o de culpa, pues está atribuido a la soberana potestad de la Sala calificar los hechos como crea que en justicia procede...»; en el mismo sentido, S. TS de enero de 1984 (RA 30), a cuyo tenor «... todo elemento subjetivo, aunque se inserte en el hecho probado, envuelve una injerencia o juicio axiológico del Tribunal de instancia, que no afecta a la presunción de inocencia y puede ser revisado en casación por un motivo de fondo...»; también S. TS de 21 de marzo de 1984.

80. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio pro reo*, cit., p. 478.

surge al admitir que la presunción de inocencia se aplique tanto a los casos de duda sobre los hechos constitutivos, como impeditivos y extintivos, es que «de hecho provocaría en la acusación el tener que demostrar, en todos y cada uno de los casos, no sólo la concurrencia de los hechos constitutivos, sino la ausencia de los impeditivos y extintivos», y una carga tal haría prácticamente imposible castigar a ningún culpable. Sin embargo, como pone de relieve el mismo autor, aquella objeción no es exacta «si del acaecimiento de los hechos no se desprende la duda, la actividad probatoria irá encaminada solamente a probar con meticulosidad los hechos constitutivos, únicos como se dijo, que por su carácter positivo determinan el nacimiento del delito. En este caso, los impeditivos y extintivos no son dudosos y no pueden favorecer al reo».[81]

Si la presunción de inocencia significa que la duda sobre los hechos nunca puede perjudicar al procesado, debe ser negada la posibilidad de aplicar este derecho fundamental a los casos de duda sobre la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes.

En consecuencia, una vez que el órgano judicial ha dictado sentencia condenando al procesado, la duda sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal conllevará que las mismas no puedan ser tomadas en consideración por el juez o tribunal en su sentencia.

La sentencia firme marca el límite final de la vigencia en el proceso penal del derecho a la presunción de inocencia.

Esta afirmación tiene importancia a efectos del recurso de revisión que puede interponerse contra sentencias firmes, pues si bien su regulación legal puede considerarse, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, S. 124/1984, «... una exigencia de justicia... estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia...», la revisión de una sentencia penal firme sólo puede tener lugar si el Tribunal adquiere un convencimiento pleno de la existencia de un motivo de revisión, porque una vez dictada sentencia firme de condena debe partirse de la culpabilidad del condenado.[82] En este sentido el art. 954, 4.°, L.E.Crim., que exige, para que tenga lugar la revisión de la sentencia, que los nuevos hechos o los nuevos elementos

81. En el mismo sentido, VÁZQUEZ SOTELO, *La presunción...*, *ob. cit.*, páginas 287 y 288.

82. Como pone de manifiesto SARACENO: «possiamo dire che quello che conta agli effetti dell'aplicazione del principio in dubio pro reo è il dubbio rifieuto a un determinato soggetto (il giudicante) e a un determinato momento (il mento in cui si pronuncia la decisione nel giudizo ordinario): passato quel momomento il dubbio non conta più», *ob. cit.*, pp. 249 y ss.

de prueba sean de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.[83]

La presunción de inocencia en su aspecto de regla probatoria, en virtud de la cual en la duda se decide a favor del acusado y éste no debe probar su inocencia, se identifica, a nuestro juicio, con el principio «in dubio pro reo»,[84, 85] y sobre el mismo podemos realizar dos últimas consideraciones.

83. Como dice BRICHETTI, si la Ley exige la evidencia, esto demuestra que el hecho nuevo, o los nuevos elementos de prueba deben poseer un valor decisivo, deben proporcionar, de modo rápido, y por eso fácil, la demostración precisa, categórica de la inocencia del condenado, *L'evidenza nel Diritto Processuale penale*, Nápoles, 1950, p. 219.

84. La S. TS de 31 de enero de 1983 (RA 76) marca la diferencia entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio «in dubio pro reo» en los siguientes términos: «...tal principio ("in dubio pro reo"), tampoco resulta confundido con la llamada presunción de inocencia, consignada en el art. 24.2 de nuestra Constitución, que crea en favor de los ciudadanos un verdadero derecho subjetivo a ser considerados inocentes de cualquier delito o infracción jurídica que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima; mientras que el "in dubio pro reo" se dirige al juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos otros casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado deberá por humanidad y justicia absolvérsele con lo cual, mientras el primer principio se refiere a la existencia objetiva de una prueba que lo desvirtúe; el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma, que por afectar de modo preponderante a la conciencia y apreciación del conjunto probatorio presentado ante el juzgador, le ofrece la certeza o la duda, a no ser que hubiera incurrido en un error en tal apreciación que pueda ser demostrada objetivamente por medio de documentos...»

Por el contrario, el A. TS de 13 de abril de 1982 (RA 4645) afirma que «el principio de la presunción de inocencia (es) trasunto del principio latino "in dubio pro reo" concretado su ámbito al aspecto procesal de la apreciación de la prueba por el juzgador».

Comparten la postura de la S. TS de 31 de enero de 1983: VEGA REX, *La presunción de inocencia hoy*, en *Justicia 84*, núm. 1, p. 96, y VÁZQUEZ SOTELO, *La presunción de inocencia...*, *ob. cit.*, p. 287. También para HERNÁNDEZ PARDO, «el principio "in dubio pro reo" ni está constitucionalizado en el art. 24 ni guarda ninguna relación con la presunción de inocencia». Ésta, como antes se ha dicho, afecta a la situación de la persona mientras no ha sido condenada; aquél hace referencia a la valoración de la prueba; es un principio de orden moral que deben tener presente los juzgadores para cuando se les suscite alguna duda en orden a los hechos, está recogido en el aforismo «en caso de duda más vale absolver a un culpable que condenar a un inocente», Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 24 de la Constitución, Poder Judicial y Tribunal Constitucional, en *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre de 1982, p. 117.

85. El principio «in dubio pro reo» es incluido por los autores alemanes entre los principios del proceso penal relativos a la prueba, juntamente con los principios de indagación, inmediación y libre valoración, *vid.*, en este sentido, ROXIN, *Strafverfahrensrecht...*, cit., p. 58. El principio «in dubio pro reo» no está expresamente formulado en el Derecho alemán, pero se ha inferido del art. 6, II, del

En primer lugar, como admite Gómez Orbaneja[86] (aunque con referencia al principio «in dubio pro reo»), el derecho a la presunción de inocencia es predicable, con carácter individual, de todos y cada uno de los acusados, de modo que, como indica el citado autor, la consideración de que la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia es absoluta respecto del mismo procesado, pero respecto de otra persona debe entenderse con limitaciones, ya que «del hecho no probado, que en favor de un inculpado pasa pura y simplemente a ser tenido por verdadero, no pueden derivarse consecuencias perjudiciales para un co-imputado (Loewe-Rosenberg)».[87]

En segundo lugar, el derecho a la presunción de inocencia, como antes el principio «in dubio pro reo», supone una quiebra en el proceso penal del principio de igualdad de las partes en cuanto a los riesgos del resultado del proceso.[88]

C) *Influencia del derecho de presunción de inocencia sobre la pretensión civil que se ejercita en el proceso penal*

Hasta aquí se ha tratado la influencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia sobre el objeto penal del proceso, pero junto a éste puede acumularse una pretensión civil para el pago de las responsabilidades civiles.

En cuanto a las medidas cautelares de carácter real que pueden adoptarse para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse procedentes, los arts. 589 y 615, L.E.Crim., prevén prácticamente la automaticidad en su adopción, pues en el caso de que la medida vaya a afectar al acusado sólo se exige que «del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona» (art. 589, L.E.Crim.); mientras que de ser un tercero el responsable civil la adopción de la cautela se subordina a que aparezca indicada en el sumario «la existencia de la responsabilidad civil de un tercero y que así lo solicite el actor civil» (art. 615, L.E.Crim.).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del principio de culpa en relación con el 261 StPO, que consagra el principio de libre apreciación de la prueba. *Vid.* también GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1985, p. 44.

86. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con HERCE), *ob. cit.*, p. 282.

87. Sobre las relaciones del principio «in dubio pro reo» y la determinación alternativa de la pena en el Derecho alemán, así como el desconocimiento legal de esta última institución en nestro Derecho, *vid.* JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. de Mir Puig y Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981, páginas 198 y ss.

88. En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Concepto de Derecho procesal* (inédito), páginas 401 y 402.

Pero además de las anteriores circunstancias, y de la pendencia de un proceso verificable mediante la imputación, para que las medidas cautelares no resulten incompatibles con el derecho a la presunción de inocencia deben fundarse «en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta...» (STC 108/84, de 26 de noviembre).[89]

En cuanto esta responsabilidad civil presupone la existencia de un acto ilícito del que es consecuencia, si la sentencia es absolutoria porque no existe el hecho, o porque se duda sobre esta circunstancia, no puede exigirse el importe de la responsabilidad civil (art. 116,I, L.E.Crim.). En cambio, una vez determinado que existe un delito o falta, aun cuando la sentencia sea absolutoria, bien porque concurran hechos impeditivos o extintivos, o porque se dude sobre la efectiva concurrencia de los mismos, existe un derecho del perjudicado a exigir la responsabilidad civil (art. 115 y 116, L.E.Crim., y 19 y 20, C.P.), ya que ésta sólo se extingue por las causas de extinción de las obligaciones contenidas en el Código Civil (art. 117 C.P.).

Problema distinto es si, dada la interpretación extensiva que nuestra jurisprudencia ha realizado del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la duda sobre los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes del acto ilícito deben resolverse también en una sentencia desestimatoria. A mi juicio no, porque la obligación de restitución, reparación del daño causado e indemnización de perjuicios (art. 101, C.P.) no puede incluirse entre las sanciones retributivas, a las que la jurisprudencia ha extendido el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, sino que forma parte de las sanciones reparadoras, entendiendo por tales aquellas que castigan las consecuencias de la acción ilícita producida.[90]

89. *Vid.*, en este sentido, PEDRAZ PENALVA, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Ed. Trivium, Madrid, 1986, pp. 105 y ss.

90. La S. TS de 28 de enero de 1983 (RA 393) conoció de un recurso de casación interpuesto por haberse producido en el proceso una violación del derecho a la presunción de inocencia; el proceso versaba sobre la declaración de responsabilidad civil o aquiliana de los arts. 1902 y 1903, C.C. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, alegando que «si no cabe desconocer que el mencionado artículo 1902 establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal, y dicho art. 24 de la mencionada Constitución proclama el principio de presunción de inocencia, tampoco es de olvidar, de una parte, que la resolución impugnada no se base en apreciaciones responsabilizadoras de índole estrictamente penal, configuradoras de delito o falta de tal índole, sino de aspecto estrictamente civil derivado de culpa extracontractual o aquiliana por aplicación de lo establecido en los arts. 1902 y 1903 del C.C. y de otra parte, que la repetida sentencia recurrida no desconoce ni niega la presunción de inocencia, tanto por no reconocer apreciaciones de alcance penal, sino simplemente civil, cuanto porque el reconocimiento judicial de responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana, consecuencia

3. *Preceptos penales contrarios al derecho a la presunción de inocencia*

Una vez expuestas las distintas manifestaciones que el derecho a la presunción de inocencia presenta en el proceso penal, nos corresponde averiguar si en el Código Penal existen normas que se opongan a este derecho fundamental.

Los preceptos que la doctrina suele enumerar como contrarios a la presunción de inocencia pueden agruparse en cuatro apartados diferentes.

Por un lado, los arts. 266 («culpa in vigilando»), 315 y 509 (tenencia de ganzúas u otros instrumentos que enumera), y arts. 456,I y 461 («exceptio veritatis»). En estos artículos se contienen hechos extintivos específicos, y se impone la carga subjetiva de su prueba al acusado, lo que es contrario a la presunción de inocencia, en cuanto su consecuencia es que la duda sobre la concurrencia de tales circunstancias debe ser soportada por el acusado.[91]

El segundo grupo lo integran los arts. 227.2 (delitos particulares cometidos en una rebelión o sedición cuando se desconozca su autor), art. 238, en su último párrafo (desobediencia a determinadas órdenes expresas del Gobierno) y art. 502.2 (ejecución de robo en cuadrilla), que en cuanto condenan a personas cuya responsabilidad no está probada sí infringen el derecho a la presunción de inocencia.[92]

---

de procedimiento sometido a las reglas legalmente establecidas al respecto, en modo alguno altera aquel principio, sino que lo respeta en su integridad, puesto que toda decisión judicial precedida de normas legalmente preestablecidos para llegar a ella, son de riguroso acatamiento para aquel a quien afecte, y solamente impugnables mediante el ejercicio de los correspondientes recursos». *Vid.* BOBBIO, *Sanzione*, cit., p. 534.

91. En cuanto a los problemas que pudiera suscitar la «exceptio veritatis», arts. 456,I, y 461 C.P., la doctrina no es unánime al afirmar su compatibilidad o incompatibilidad con la presunción de inocencia. Mientras GUTIÉRREZ DE CABIEDES mantiene que en el art. 456 contiene una resonancia que perjudica al reo (*El principio...*, *ob. cit.*, p. 496), ILLUMINATI considera que la presunción de inocencia pertenece a las condiciones de procedibilidad y es por tanto extraña a la presunción de inocencia (*La presunzione, ob. cit.*, p. 146); por último, para FERNÁNDEZ ENTRALGO existe tal compatibilidad porque «este reo ha lanzado una imputación de un hecho delictivo contra otra persona que tiene originariamente, a su favor, la misma presunción de inocencia. Y si éste ha de ser tenido provisionalmente por inocente, su acusador quedará gravado con la carga de probar su inculpación» (*Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias*), en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial, Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*, Ministerio de Justicia, 1985, p. 319.

92. *Vid.* CORO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal, ob. cit.*, pp. 524 y 525.

El tercer grupo estaría formado por los siguientes artículos: 216 (delito de rebelión), 257 (depósitos de armas o municiones no autorizados), y 15 (delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otros procedimientos que faciliten la publicidad). Estos artículos, por contemplar supuestos especiales de autoría, no parece que infrinjan el derecho a la presunción de inocencia.

Por último, queda referirnos a los delitos de sospecha, contemplados en los arts. 408, 483 y 485, C.P., que en cuanto aumentan la pena a imponer al culpable en base a la presunción de que ha cometido otro delito que no se ha podido probar aparecen como preconstitucionales.

4. *Redacción de la sentencia*

La presunción de inocencia como criterio objetivo de la carga de la prueba, que impide al titular del órgano judicial dictar sentencia contra el acusado en el caso de falta de prueba, o de duda sobre la existencia de hechos determinantes de la condena, plantea el problema de dónde y cómo debe el juez o Tribunal hacer constar que las pruebas practicadas, tendentes a demostrar la culpabilidad del acusado, o la existencia de hechos impeditivos o extintivos, no le han llegado a convencer.

Comenzaremos por resolver el primero de los problemas planteados.

El art. 428.3, L.O.P.J., de 1 de julio de 1985, dispone, respecto de la forma de redactar las sentencias, que «las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados en su caso, los fundamentos de derecho y por último el fallo».

En la sentencia el juez o Tribunal debe, a nuestro juicio, interpretar y valorar las pruebas, como paso previo para determinar claramente cuáles son los hechos que estime probados, es por esto que, pese a la dicción del art. 248.3, L.O.P.J., en la sentencia no deben hacerse constar solamente los hechos probados, y los motivos por los que se consideran probados; la sentencia que absuelva en base a la duda o a la no prueba de los hechos debe ser, por expreso mandato constitucional, motivada (art. 120.3 C.t.), y ello exige que el juzgador exprese qué elementos probatorios le llevaron a la convicción de que no existió el hecho, o han sido incapaces de convencerle de que existiese.[93]

---

93. GÓMEZ ORBANEJA, «Quebrantamiento de forma. Conceptos que predeterminan el fallo. Falta de relación de hechos probados en sentencia absolutoria (arts. 142 y 912, números 1 y 2 L.E.Crim.), en *Rev. Der. Proc.*, 1946, pp. 113 y ss.

Una vez hemos determinado que la valoración de las pruebas debe realizarse en los motivos de hecho de la sentencia, nos corresponde ahora resolver el tema de cómo constarán en la misma los hechos que a juicio del juez no hayan sido totalmente probados. ¿Constará la duda o por el contrario el juez o Tribunal, aplicando el derecho a la presunción de inocencia, declarará no probados los hechos constitutivos dudosos y probados los impeditivos y extintivos aunque no le hayan llegado a convencer?

Las opiniones sobre este punto no son unánimes.[94] Nosotros estimamos con Gutiérrez de Cabiedes,[95] que en la sentencia penal el juez o Tribunal debe expresar la duda sobre la veracidad de los hechos que a su juicio no hayan resultado suficientemente probados, y ello fundamentalmente por los siguientes motivos: en primer lugar, porque estimamos una ficción inadmisible que se hagan constar como probados los hechos extintivos o impeditivos dudosos; en segundo lugar, porque es en los fundamentos de derecho donde debe constar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, ya que se trata de un precepto jurídico, y también porque sólo de este modo el Tribunal superior podrá controlar si el inferior ha hecho el debido uso de la presunción de inocencia tras valorar las pruebas, pues, como indica Gutiérrez de Cabiedes[96] con relación a la regla «pro reo», si en los resultandos de la sentencia se estableciesen como no probados los hechos constitutivos dudosos, y positivamente los impeditivos y extintivos dudosos, se desvirtuaría «la propia fundamentación del principio en esta materia que se basa en la duda».

Además de las razones expuestas, refuerza nuestra postura el argumento de Rosenberg,[97] que se inclina por la constancia en la sentencia de la duda judicial, en base a que «se cometería un ataque directo contra la libre apreciación de la prueba si se quisiera obligar al juez a tratar como falsa (o verdadera) una afirmación cuya verdad no ha podido probarse».

En conclusión, la duda sobre los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos, que obliga a absolver al acusado, por no haberse desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia, debe constar en la

94. ALMAGRO NOSETE, con referencia al proceso laboral, y tras citar jurisprudencia que declara que en los hechos probados no se pueden emplear términos dubitativos y que el juzgador no está obligado a incluir en la declaración de hechos probados los que estime dudosos, manifiesta su opinión de que: «razonando acerca de la insuficiencia de la prueba practicada sobre un hecho determinado, se debe declarar como no probado la no constancia del dato probatorio en cuestión», «Hechos probados y nulidad de sentencia laboral», en *Rev. de Política Social*, 1969, núm. 84, p. 94.

95. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *El principio pro reo*, cit., p. 493.

96. *Idem* nota anterior, pp. 492 y 493.

97. ROSENBERG, *La carga de la prueba, ob. cit.*, p. 13.

sentencia, en la que se expresará, además, las razones por las que no se pueden considerar probados.[98]

5. *Recursos*

Visto que el derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata (Ss. TS 56/1982, de 2 de julio; 113/1980, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 31 de mayo de 1982; SSs. TS de 16 de noviembre de 1982, RA 7143 y 27 de diciembre de 1982, RA 7869), que puede ser vulnerado por los órganos judiciales en el momento de dictar sentencia, bien porque condenen en ausencia de pruebas plenas sobre la comisión del hecho o sobre la participación en el mismo del acusado, bien porque en caso de duda sobre la concurrencia de los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos no le absuelvan, resulta evidente que su infracción puede ser objeto de recurso, tanto de apelación y casación como de amparo (arts. 53.1, C.t. y Ss. TC 113/81, de 28 de julio y 56/1982, de 26 de julio).

Prescindimos de tratar el recurso de apelación, puesto que cuando es admisible, al constituir una segunda instancia, no plantea problemas, ya que el Tribunal que conozca de la apelación podrá valorar libremente las pruebas practicadas.

A) *Recurso de casación*

Tratándose del recurso de casación, el problema surge tanto al determinar si la infracción del derecho a la presunción de inocencia es susceptible de ser recurrida en casación, como al establecer el motivo a través del que puede ser alegada.

a) *Procedencia del recurso*

El problema de si la infracción del derecho a la presunción de inocencia podía dar lugar al recurso de casación fue resuelto afirmativa-

98. Como pone de relieve ORTELLS RAMOS, entender que basta con expresar en la sentencia el resultado de la valoración de la prueba, sin exponer las bases y los razonamientos que han conducido a aquél, se encuentra desmentida: por el motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim., que no supone un limitado establecimiento de la prueba legal en el proceso penal, sino que persigue que el Tribunal de instancia motive su conclusión probatoria divergente de la que resulta del documento auténtica; por el motivo 2.º del art. 851, L.E.Crim., que, como indica GÓMEZ ORBANEJA, tiene como consecuencia que «en caso de absolución fundada en la no prueba del hecho debe conducir al juzgador a expresar qué poderes probatorios le han traído al convencimiento de que no existió el hecho, o han sido incapaces de convencerle de que existiese; y, por último, el art. 10,6.º,I, de la Ley de 11 de noviembre de 1980, *Concepto de Derecho procesal* (inédito), p. 476.

mente por la STC 56/1982, de 26 de julio, los argumentos que empleó esta sentencia fueron los siguientes: «Una consideración superficial podría llevar tal vez a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, que puede ser más fácilmente asegurada por este Tribunal. Esta consideración es, no obstante, claramente engañosa, pues si bien es cierto que este tribunal no está atado por formalismos de ese género, no lo es menos que aparte de otras muchas consideraciones carece de las atribuciones que el art. 902 de la L.E.Crim. confiere a la Sala de casación para dictar sentencia sustitutiva de la anulada, con lo cual sus decisiones estimatorias pueden engendrar en algunos casos consecuencias tan nocivas como las que generaba la infausta institución de la absolución de la instancia... La simple posibilidad de estas consecuencias obliga a apurar al máximo las virtualidades del recurso de casación para obtener a través de él la eficaz protección de un derecho fundamental para garantizar que, como quería el legislador de 1882, no se sacrificaran jamás los fueros de la inocencia. No es, de otra parte, la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución de las correspondientes normas...»

El criterio sustentado por la sentencia que acabamos de reproducir ha sido con posterioridad confirmado por el art. 5, ap. 4, L.O.P.J.[99]

b) *Motivos*

En cuanto al motivo o motivos por los que tal infracción puede alegarse, tras un período inicial de duda, debe partirse del criterio sustentado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 56/1982, de 26 de julio, que ha sido seguida por otras muchas (A. TS de 27 de enero de 1982, RA 150; A. TS de 13 de abril de 1982, RA 4645; STS de 26 de noviembre de 1982, RA 7205; STS de 26 de noviembre de 1982, RA 7205, y de 27 de septiembre de 1982, RA 4969). En esta sentencia el Tribunal Constitucional empieza por afirmar el carácter procesal de la presunción de inocencia, en base a que «no incide directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o faltas o sobre la definición de las responsabilidades de los inculpados, sino que impone la necesidad de que esa responsabilidad quede probada»; y es el carácter procesal de la presunción de inocencia el que lleva al Tribunal Constitucional a negar que pueda ser alegado a través del motivo 1.º del art. 849, L.E.Crim., que únicamente contempla los casos en que se hubiera infringido «un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal».

99. El art. 5, ap. 4, L.O.P.J., de 1 de julio de 1985, dispone que: «En todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.»

Efectivamente, si entendemos que «una norma es material cuando sus consecuencias jurídicas afectan a la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso, sin que deje la norma de tener tal naturaleza porque el juez la utilice en el proceso como regla de juicio»; mientras que «es norma procesal aquella cuyas consecuencias jurídicas se proyectan sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso»,[100] es indudable el carácter procesal de la presunción de inocencia que se proyecta sobre la sentencia determinando, en caso de falta de pruebas, o duda judicial, su contenido.

La sentencia de 26 de julio de 1982, en la búsqueda de un motivo idóneo para alegar a través del recurso de casación la infracción del derecho a la presunción de inocencia, afirma que, como consecuencia del carácter procesal del derecho a la presunción de inocencia su violación «sólo se puede originar en un error "in procedendo"», pero que «esta afirmación no puede llevar, no obstante, a la conclusión de que el recurso de casación por quebrantamiento de forma protege hoy suficientemente contra esa violación, pues, de un lado, el carácter cerrado y casuístico de la enumeración de los motivos de casación por esta causa que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece en su redacción actual no permite incardinar en ellos el quebrantamiento básico, improbable pero no imposible, que implica la total ausencia de pruebas y, de otro, la naturaleza misma de tal quebrantamiento exige un remedio distinto y más enérgico que el que ofrece, para este género de defectos, el art. 901, bis, a), de la L.E.Crim.».

No compartimos esta postura del Tribunal Constitucional. No obstante constituir la presunción de inocencia una norma procesal, su vulneración no se produce en el procedimiento, sino en el momento en que el juez debe formar su juicio y dictar sentencia; se trata, a nuestro juicio, de un vicio «in iudicando»,[101] y ésta es la causa por la que no puede ser alegado a través de los motivos que contemplan los arts. 850 y 851 de la L.E.Crim., relativos a vicios «in procedendo».

Descartado que la infracción del derecho a la presunción de ino-

100. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal*, I (apuntes inéditos para el tercer curso de Licenciatura), Valencia, Lección 17, p. 4.

101. También VÁZQUEZ SOTELO, *La presunción de inocencia*..., cit., p. 434.

cencia pueda alegarse a través del motivo 1.º del art. 849, L.E.Crim., y de los arts. 850 y 851, del mismo cuerpo legal, no queda más cauce para alegar la violación del derecho a la presunción de inocencia en un recurso de casación, que el motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim,[102] conclusión a la que ha llegado finalmente el Tribunal Constitucional ante la falta de vía más idónea, y, según declara reiteradamente el Tribunal Supremo, por ser este motivo «el único que permite u ofrece la posibilidad de examinar la resultancia de las actuaciones de la causa considerada en su conjunto, no con la finalidad de discutir y revisar la apreciación probatoria del Tribunal "a quo"... sino para señalar o advertir la presencia de elementos de prueba, datos objetivos o cualquier actividad probatoria mínima y eficaz para destruir la presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano» (Ss. TS de 20 de octubre de 1982, RA 5657; 2 de noviembre de 1982, RA 6922; 3 de noviembre de 1982, RA 6926; 26 de noviembre de 1982, RA 7205, y 27 de diciembre de 1982, RA 7869).

En este sentido, el motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim., si bien permite al Tribunal Supremo entrar en la declaración de hechos probados y comprobar si se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia, su aplicación no deja de suscitar problemas, ya que se va a aplicar a un caso para el que no estaba prevista, pues el art. 849, 2.º, L.E.Crim., está pensado para el caso de que exista un error en la apreciación de las pruebas que resulte de las pruebas documentales aportadas al juicio.[103, 104]

Finalmente, y no obstante reconocer el Tribunal Constitucional la vía del motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim., como la más adecuada para

102. El motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim., tras su reforma por Ley de 27 de marzo de 1985, dispone que: «Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.»

103. El motivo 2.º del art. 489, L.E.Crim., fue introducido en la Ley de Enjuiciamiento por una reforma de 1933, como una transposición del error de hecho al que se refería el número 7 del art. 1692 de la L.E.C., con la finalidad de exigir que en la motivación de las sentencias constase el juicio lógico que llevaba al juez a dictar una resolución judicial de contenido determinado. *Vid.*, en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal* (con HERCE), *ob. cit.*, página 308.

104. Para resolver el problema de la exigencia del art. 849,2, L.E.Crim., de que el error resultase «de documentos auténticos», tal como se exigía antes de su reforma por Ley de 27 de marzo de 1985, el Tribunal Constitucional, seguido por el Tribunal Supremo (Ss. TC de 28 de julio de 1981 y 56/1982, de 26 de julio y S. TS de 26 de enero de 1983), dio «a los solos efectos de la presunción de inocencia», una nueva interpretación de lo que debía entenderse por documento auténtico, al declarar que «hay que atribuir el rango de documento auténtico, al menos desde el punto de vista extrínseco o formal a todas las actuaciones practicadas».

la alegación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo, en numerosas resoluciones, ha interpretado que la errónea alegación del motivo en que se funde la infracción del derecho a la presunción de inocencia no puede dar lugar a su inadmisión,[105] porque la simple alegación de que tal derecho constitucional ha podido ser infringido obliga al Tribunal a entrar a conocer del mismo (STS de 26 de enero de 1983),[106] pues su incumplimiento significaría la violación de un precepto imperativo de orden público de suprema aplicación (STS de 31 de mayo de 1982), por lo que su infracción puede ser apreciada de oficio por el Tribunal Supremo cuando conozca de los recursos (STC de 28 de julio de 1981 y Ss. TS de 10 de diciembre de 1983, RA 6190, y 29 de abril de 1982, RA 2279).

El recurso de casación por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia se puede fundamentar en la simple alegación del art. 24.2 de la C.t., en relación con el art. 53 del mismo texto legal, según permite el art. 5, ap. 4, L.O.P.J.

c) *Límites de la revisión ocasional a través a través del motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim.*

La tutela del derecho a la presunción de inocencia por el Tribunal Supremo no puede desvirtuar el carácter extraordinario del recurso de casación, cuya finalidad es revisar la aplicación de la Ley hecha por los Tribunales de instancia,[107] y respetar el principio de libre valora-

105. Con anterioridad, declararon la inadmisión del recurso de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia por no utilizar el recurrente el cauce adecuado las Ss. TS de 17 de octubre de 1980 (RA 3720), 27 de enero de 1982 (RA 151), 27 de septiembre de 1982 (RA 4696), y 16 de noviembre de 1982 (RA 7143), además de los siguientes autos: A. de 5 de noviembre de 1980 (RA 1980) y A. de 13 de abril de 1982 (RA 4645).

106. La S. TS de 26 de enero de 1983, declaró que «tal como ha proclamado el Tribunal Constitucional, el cauce más certero de impugnación casacional basado en la conculcación de la mentada presunción es el del núm. 2 del art. 849 de la L.E.Crim... pero sin que ello impida que este Tribunal ante una impugnación analizada por la vía del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Crim.: conclusión que se fundamenta, en primer lugar, en que tratándose de una época de transición y de cambios, desde ordenamientos anteriores a la Constitución, el conocimiento y fecunda aplicación de la misma no son todavía general y perfectamente sabidos, divulgados y asimilados, siendo natural y disculpable que en esta fase todavía indecisa y balbuciente las partes duden y hasta yerren en lo menos —cauce procesal adecuado—, habiendo acertado en lo más —invocación de la presunción de inocencia—, y, en segundo término, en el rango eminente y absolutamente prevalente sobre cualquier clase de normas del ordenamiento constitucional, lo que obliga a su aplicación inmediata y directa, sea cual sea la vía o cauce procesal escogidos, y aunque en algunos casos el planteamiento pueda ser de dudosa ortodoxia jurídica».

107. No obstante, la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda entrar a

ción de la prueba que corresponde a los mismos,[108] sin más excepción que la establecida en el motivo 2.º del art. 489, L.E.Crim., cuando prevé que haya existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

En coherencia con esto, el Tribunal Supremo, cuando conoce del recurso de casación que se base en la violación del derecho a la presunción de inocencia a través del motivo 2.º del art. 849, L.E.Crim., ha declarado en reiteradas resoluciones [109] que su competencia únicamente alcanza a analizar los autos con el fin de comprobar si se ha realizado una mínima actividad probatoria de cargo que permita al juzgador valorarla en conciencia de acuerdo con el principio de libre apreciación de la prueba recogida en el art. 741, L.E.Crim., y existiendo esa mínima actividad probatoria no prosperará el recurso, ya que de lo contrario se entraría a valorar las pruebas, y ésta es una actividad que corresponde realizar al Tribunal que conoció de la primera instancia o del recurso de apelación, y sólo de modo muy limitado al Tribunal Supremo.

B) *Otros recursos*

La infracción del derecho a la presunción de inocencia es recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2, C.t.), cuya competencia se limitará también, según reiterada jurisprudencia,[110] a com-

conocer de los autos con el fin de comprobar si se infringió el derecho a la presunción de inocencia tropieza con el problema práctico puesto de manifiesto por RAMOS MÉNDEZ, de que «las actas de los juicios orales en materia penal son rutinarias: cada parte ha informado en defensa de su derecho; uno ha acusado y otro ha dicho que había que absolver y se ha acabado la documentación del acto. Sólo se recoge el nombre de aquellas personas que han intervenido. Además, ahora, en los últimos tiempos, ya ni siquiera hay que firmarla. Realmente esto provoca una gran indefensión, porque el acta del juicio oral no documenta lo que realmente así ha ocurrido y ello se revela imprescindible en vía de recurso». *La situación del enjuiciamiento criminal en España*, en *Justicia* 83, página 557.

108. El art. 741,I, L.E.Crim., consagra el principio de libre apreciación de la prueba, cuya compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia ha sido reconocida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. En este sentido, entre otras, Ss. TS de 27 de marzo de 1984 (RA 2296), 3 de abril de 1984 (RA 2307), 6 de abril de 1984 (RA 2319), 13 de abril de 1984 (RA 2358), 12 de noviembre de 1984 (RA 5471).

109. Ss. TS de 16 de marzo de 1979 (RA 1153), 7 de octubre de 1981 (RA 3618), 1 de junio de 1982 (RA 3451), 27 de diciembre de 1982 (RA 7869), 26 de noviembre de 1982 (RA 7205) y 29 de abril de 1982 (RA 2279). También Ss. TC 31/1981, de 13 de agosto, 25/1985, de 22 de febrero, y 62/1985, de 10 de mayo, entre otras.

110. Ss. TC de 24 de julio de 1981, 28 de julio de 1981, 55/1982, de 26 de julio, 36/1983, de 11 de mayo, 77/1983, de 3 de octubre, 124/1983, de 21 de diciembre, 9/1984, de 30 de enero, 4/1984, de 23 de enero y 62/1985, de 10 de mayo, entre otras.

probar si existió una mínima actividad probatoria de cargo capaz de desvirtuarla.

Una vez agotados los recursos internos, de conformidad con los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos, y dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva (art. 26, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos), podrá todavía el particular dirigir una demanda al Secretario general del Consejo de Europa, de la que podrá conocer la Comisión (art. 25, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos), ya que España ha reconocido su competencia por Declaración de 11 de junio de 1981 (renovada a partir del 15 de octubre de 1985 por un período de 5 años, B.O.E. de 6 de diciembre de 1985).

LA POSICIÓN DEL ESTADO EN EL PROCESO

Antonio M.ª LORCA NAVARRETE
Profesor Titular Numerario de Derecho Procesal
San Sebastián

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que tras la promulgación de la Constitución de 1978, están cambiando bastantes aspectos de nuestro ordenamiento jurídico; en unos casos a través de la expresa derogación de la norma jurídica y en otros mediante la constante labor que viene realizando el Tribunal Constitucional de acomodación de aquéllas a la Constitución.

En el Derecho Procesal, al igual que en otras parcelas del ordenamiento jurídico, la norma constitucional ha incidido con particular importancia, siendo posiblemente uno de los aspectos que han acusado tal influencia el relativo a la posición del Estado en el proceso. Pero posiblemente también sobre tales aspectos ha influido la nueva organización de aquél a través de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas (art. 137 C.) de modo que la creación de tales entidades territoriales y su acceso al autogobierno a través del derecho a la autonomía que reconoce y garantiza la Constitución (art. 2 C.) origina una primera consecuencia, como es que junto a la posición del Estado en el proceso es preciso contar con la que deberán asumir las Comunidades Autónomas y con ellas los entes locales que gozan igualmente de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Pues bien y de tal planteamiento se desprenden consecuencias en orden a la posición en el proceso de cada una de esas entidades territo-

riales que en gran medida *deberían* trastocar la tradicional posición del Estado en aquél.

Tradicionalmente, el Estado ha venido ocupando una posición preponderante en el proceso, que era más patente en el civil [1] y que hacía de la extinta Abogacía del Estado el filtro indiscutido e indiscutible a través del cual tenía que pasar cualquier actividad contenciosa que afectara al Estado como tal.

Ahora y tras la nueva organización territorial que inaugura la Constitución y sobre todo a partir de la entrada en vigor del art. 447 L.O.P.J., la autonomía que la propia norma constitucional reconoce a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales en orden a la garantía de sus propios intereses *ha de suponer* la necesaria revisión de la tradicional posición del Estado en el proceso y que en un primer momento ha supuesto acometer la propia remodelación de la extinta Dirección General de lo Contencioso a través de la creación del Cuerpo Superior de Letrados del Estado mediante Real Decreto 849/1985, de 5 de junio, así como de la propia organización de los Servicios Jurídicos del Estado a través también del Real Decreto 850/1985, de 6 de junio.[2]

Ahora, junto con el Estado y con arreglo al art. 447 L.O.P.J. podían actuar como partes en el proceso a través de sus asesorías jurídicas propias tanto las Comunidades Autónomas como los entes locales de modo que la pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿en la nueva organización territorial, el Estado sigue manteniendo una posición privilegiada en el proceso?

Pero hay más, y puesto que cabe la posibilidad de que en concreto las Comunidades Autónomas proclamen que gozarán en el proceso de igual posición que la que asume el Estado [3] es posible por ello plantearse si con la lectura que se haga de la norma constitucional la posición, no ya del Estado, sino de las propias Comunidades Autónomas y de los entes locales podrá ser en el proceso de privilegio.

No me cabe duda que cualquier tipo de argumentación que trate de pontificar en el momento presente una posición privilegiada de alguna de las partes en el proceso se halla abocada al fracaso. Y ello por dos tipos de razones. La primera porque lógicamente a la situación privilegiada del Estado se unirían inmediatamente o tratarían de participar

1. *Vid.*, por todos, P. GALÁN URBANO, *Los privilegios del Estado en el proceso civil de declaración español*, Salamanca, 1979.

2. Ambos se pueden consultar en la *Revista Vasca de Derecho Procesal*, pp. 58 y ss., y 594 y ss. del tomo I (1987).

3. Es, por ejemplo, el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que mediante Ley 7/1986, de 26 de junio, de representación y defensa en juicio de la Comunidad Autónoma Vasca (B.O.P.V.-E.H.A.A., n.º 143, de 18 de julio de 1986) se establece en el art. 1 que «la Comunidad Autónoma del País Vasco se regirá en sus actuaciones por las mismas normas establecidas para las del Estado...».

de ella tanto las Comunidades Autónomas como los entes locales, creando una situación de desigualdad procesal no excesivamente correcta y sí cuantitativamente importante. La segunda, en fin, estriba en que con independencia de ese mimetismo que ya se ha producido, no es posible que la norma constitucional tolere situaciones de prepotencia y ni mucho menos de privilegio de alguna de las partes en el proceso, de modo que si tal situación se diera en la práctica, aquélla sería básicamente inconstitucional o contraria a la Constitución misma.[4]

2. LA POSICIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

Conviene ahora pasar a examinar la sanción de inconstitucionalidad que es posible aplicar a cualquier situación de privilegio de cualquiera quienes sean las partes en el proceso. En tal sentido hay que apuntar ya que la obligada *igualdad ante la Ley* (art. 14 C.) así como *la efectiva protección judicial de los derechos sin que en ningún caso deba producirse indefensión* (art. 24 C.) impiden en todo momento que se generen situaciones de privilegio dentro del propio proceso, sean cuales fueren las partes intervinientes en el mismo. Por ello señala con acierto Almagro Nosete que «las desigualdades injustificadas en esta materia podrían denunciarse por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando el art. 14 de la C. (principio de igualdad) en relación con el derecho a la jurisdicción (art. 24 indefensión)»,[5] e inmediatamente Ramos Méndez recuerda que el principio de igualdad de las partes en el proceso, que se traduce asimismo en una igualdad de expectativas y cargas procesales, «quiebra rotundamente cuando el Estado es una de las partes procesales y sobre todo, cuando es la parte demandada».[6]

Pues bien, no es posible permitir todavía y en el momento actual la quiebra de una efectiva (al menos formal) igualdad de las partes en el proceso. Bien es cierto que *materialmente* siempre es difícil llegar a situarnos ante una efectiva igualdad de las partes, pues es posible que los medios, por ejemplo, exclusivamente económicos de una y otra parte, hagan difícil acceder a esa igualdad. Pero con independencia de

4. *Vid.*, sobre el particular, la Sentencia de 7 de noviembre de 1985, en «Práctica Procesal» en la *Rev. Vasc. Der. Proc.*, n.º 2 (tomo I), 1987, pp. 457 y ss. Asimismo, mi comentario a esa sentencia en pp. 460 y ss.

5. J. ALMAGRO NOSETE y otros, *Derecho Procesal*, tomo I (vol. 1), Parte General, Proceso Civil (1), Valencia, 1986, p. 260.

6. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1986 (3.ª ed.), p. 232.

este problema que afecta más a cuestiones de sociología jurídica,[7] lo que en todo caso es intolerable y en ningún sentido sostenible es que existan partes en el proceso que en la actualidad quiebren la debida igualdad *formal* que debiera, al menos, existir entre ellas como reflejo de iguales cargas y expectativas procesales.

Pues bien, ¿y desde el punto de vista de la Constitución se justifica todavía la posición privilegiada del Estado en el proceso? La respuesta ha de ser negativa, pues de lo contrario y como consecuencia más inmediata a una respuesta afirmativa, se produciría un efecto en cadena que supondría que tanto las Comunidades Autónomas como los entes locales intenten participar también de esa posición privilegiada del Estado en el proceso, pues al fin y al cabo tales entes territoriales *también* son Estado.

Pero con independencia de esta circunstancia que no haría sino agravar la paupérrima situación en la que se halla el principio de igualdad de las partes en el proceso, es preciso estar por la acomodación de aquel principio a la Constitución y ésta es clara en dos aspectos que ahora interesan, como son, de un lado la igualdad de todos ante la Ley y de otro, el necesario logro de la efectiva tutela judicial para que en ningún caso deba de producirse *indefensión a la parte*. Por ello y de acuerdo con la norma constitucional es preciso ganar la batalla a tales actitudes de privilegio y, si las hay, declararlas inconstitucionales. En tal sentido el T.C., sin duda, es quien debe de recoger el testigo en tan importante materia.

3. Aspectos inconstitucionales de la posición del Estado en el proceso

La inconstitucionalidad de la posición del Estado en el proceso proviene de determinadas actividades de aquél que implican tanto la infracción del principio de igualdad ante la ley como la quiebra de la tutela judicial efectiva por producir *indefensión*. Pero junto a esta afirmación también es cierto que si se examina el catálogo de actividades del Estado[8] que se verían afectadas por una supuesta inconstitucionalidad, aquéllas serían más bien pocas, y además todas ellas fagocitadas por la legalidad vigente que en gran medida las ha modificado y derogado haciendo prácticamente inviables las previsiones contenidas en el Real Decreto de 21 de enero de 1925, por el que se aprobó

7. En igual sentido, F. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 228.
8. Una referencia de tales actividades en F. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 232 y ss., y A. M.ª Lorca Navarrete, *Derecho Procesal Orgánico*, Madrid, 1985, pp. 223 y ss.

el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado y que los Reales Decretos 849 y 850, de 5 de junio de 1985 se encarga de suprimir.

Así y en orden a hacer posible tal argumentación sería bastante difícil de sostener las siguientes afirmaciones a favor de la posición privilegiada del Estado:

a) Atribución de la competencia en los asuntos *civiles* en que sea parte el Estado a los Juzgados sitos en donde existan Audiencias. Esta afirmación del art. 7 del R.D. de 1925 en la actualidad es básicamente *inviable* y con escasos márgenes de prosperar ante la afirmación constitucional de que «asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley...» (art. 24.2 C.). Pues bien, se estaría en este caso ante una hipótesis que contempla el Estatuto de la extinta Dirección General de lo Contencioso que es, sin lugar a dudas, inconstitucional y por tanto, sin la más mínima posibilidad de que aquélla pueda ser aplicada en la práctica.

b) Formalidades relativas a la citación y emplazamiento del Estado. Tales formalidades que consisten básicamente en la oportuna consulta a la Subdirección General de los Servicios Contenciosos por el correspondiente Servicio Jurídico del Estado en un plazo de hasta tres meses (art. 9 R.D. de 21 de enero de 1925) son, sin duda, dilatorias y pugnan con el acceso a la tutela judicial efectiva, en la medida que producen indefensión. Pero hay más, pues la estricta observancia del principio de igualdad ante la Ley supone tener presente que ésta, esto es, la L.E.C. (que por su *vis atractiva* es perfectamente aplicable al resto de los ámbitos procedimentales) mediante Ley 34/1986, de 6 de agosto de reforma urgente establece de modo *indubitado* la improrrogabilidad de los plazos (art. 306 L.E.C.) por lo que en este caso más que ante un privilegio del Estado, se estaría más bien en presencia de la derogación de una norma contenida en una disposición de rango inferior (Real Decreto de 21 de enero de 1925) respecto de otra de rango superior como es la Ley 34/1984 de 6 de agosto, posterior en el tiempo.

c) Formalidades relativas al no pago a peritos, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia, así como la no exigencia de depósito o caución en el ejercicio de acciones o interposición de recursos (art. 8 del R. D. de 21 de enero de 1925). En este caso algunas de las previsiones del Estatuto de la extinta Dirección General de lo Contencioso del Estado se encuentran ya superadas por la legalidad vigente, como es el caso del pago a auxiliares y agentes, pues sabido es que suprimidas las tasas judiciales de cualquier tipo mediante Ley 25/1986, de 24 de diciembre, ninguna de las partes en el proceso ha de afrontar tales gastos. En cuanto al resto de gastos que el Estatuto de 1925 no hace

extensible al Estado, es evidente que se estaría ante una norma de contenido poco acorde con el principio de igualdad de las partes ante la Ley (art. 14 C.) que, sin duda, es una *fosilización* de un arcaísmo tan poco fundamentado como es pensar que el Estado (como por ejemplo, las Cajas de Ahorros) es pobre por naturaleza y no puede hacer frente a tales gastos. En tales hipótesis, sin duda, lo que se demanda es una *actualización, por lo demás, evidente y plenamente constitucional.*

d) Por último y como un aspecto más a destacar de la posición privilegiada del Estado en el proceso, es el relativo a que las notificaciones y demás diligencias deban hacerse en el *despacho oficial* del Letrado del Estado. Pues bien, y en cuanto a como tal privilegio, no diría tanto, ya que no infringe el principio general establecido en la L.O.P.J. de que las actuaciones judiciales deban practicarse en la sede del órgano jurisdiccional, que sería lo realmente inadmisible. Por lo demás, el que la notificación o el diligenciamiento tenga que hacerse en el despacho oficial del Letrado del Estado no es más que una consecuencia de la inexistencia de un sujeto dependiente del mismo que le represente *formalmente* en juicio. Por tanto, ¿existe privilegio porque así se le hagan notificaciones y diligenciamientos al Letrado del Estado? Repito que no diría tanto y sí tan sólo, a *sensu contrario* una igualación de aquél (esto es, del Letrado del Estado) respecto de las demás partes que sí actuan en el proceso mediante representación del Procurador, el cual con la diligencia debida tendrá al tanto al Abogado como a su representado del Estado de las actuaciones procesales. Creo que lo de menos es el modo en que las diligencias y notificaciones se llevan a cabo respecto del Letrado del Estado que posiblemente no goce de los servicios de informatización «*in situ*» (salvo que vaya) del Juzgado o Tribunal a la vista de como se organiza la oficina judicial en la L.O.P.J. y como a partir de ella deberá producirse la recepción de notificaciones y demás diligencias respecto de los Procuradores.

En cuanto a los demás aspectos que se pueden indicar como atentatorios al principio de igualdad de las partes, como el que el Letrado del Estado debe proceder siempre a la reclamación previa en vía gubernativa (art. 6 R.D. de 21 de enero de 1925) o en fin que aquél no pueda allanarse o desistir del proceso o de los recursos sin autorización de la Subdirección General; no se trata propiamente de un *status* privilegiado del Estado en el proceso, y si son por el contrario expresión de un organigrama de actuación que se halla encaminada sólo y exclusivamente a agotar todas las vías procesales antes de que el Estado sea condenado en el proceso, al igual que haría cualquier otra parte en ese mismo proceso.

En conclusión, pues, que no son tantos, ni en cantidad ni en calidad, los aspectos que implican que el Estado adopte frente al proceso una posición privilegiada. Es más, y si tal hipótesis se diera en la práctica, en ningún caso sería asumible y por las razones apuntadas claramente *inconstitucional.*

4. Posición actual del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales en el proceso

La posición actual del Estado en el proceso y por ende de las demás entidades territoriales que lo componen, como son Comunidades Autónomas y Entes Locales, deberá ser por lo expuesto de respeto escrupuloso a la legalidad vigente constitucional, y en ningún caso debiera permitirse una situación *real* de privilegio del Estado en el proceso. Lo cierto es que las posibilidades que existen de que así sea son bien pocas como ya ha quedado examinado, con independencia de las consecuencias que se derivarían de que así no fuese, ya que igual situación de privilegio de existir se extendería por simpatía al resto de entidades territoriales que lo componen, como son Comunidades Autónomas y Entes Locales. No ha de ser ése el espíritu informador de la actuación de las partes en el proceso, por lo que se impone sin más la supresión de atisbo de privilegio procesal a favor del Estado.

DESPACHO ORDINARIO

JURISPRUDENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Competencia internacional: AT Barcelona A 10 de febrero de 1986; JPI Gijón S 15 de abril de 1986; AT Barcelona A 27 de mayo de 1986. — 2. Exequatur de sentencias extranjeras: TS (Sala 1.ª) A 23 de diciembre de 1985; TS (Sala 1.ª) A 28 de enero de 1986. — 3. Arbitraje internacional: TS (Sala 2.ª) A 28 de octubre de 1985; TS (Sala 1.ª) A 30 de enero de 1986; TS A 7 de octubre de 1986. — 4. Exequatur de sentencias extranjeras de divorcio: TS (Sala 1.ª) A 9 de julio de 1985 (Alemania); TS (Sala 1.ª) A 11 de julio de 1985 (Alemania); TS (Sala 1.ª) A 16 de julio de 1985 (Alemania); TS (Sala 1.ª) A 24 de octubre de 1985 (Alemania); TS A 13 de noviembre de 1985 (Alemania); TS A 16 de noviembre de 1985 (Alemania); TS A 13 de diciembre de 1985 (Alemania); TS A 17 de diciembre de 1985 (Alemania); TS A 25 de enero de 1986 (Alemania); TS (Sala 1.ª) A 27 de enero de 1986 (Alemania); TS A 7 de abril de 1986 (Alemania); TS A 16 de abril de 1986 (Alemania); TS A 24 de febrero de 1986 (Bélgica); TS A 11 de julio de 1985 (Canadá); TS A 5 de octubre de 1985 (Canadá); TS A 23 de septiembre de 1985 (Francia). — 5. Divorcio de españoles en el extranjero: AT Baleares S 9 de diciembre de 1985. — 6. Deuda en moneda extranjera: Contravalor en pesetas: TS (Sala 1.ª) S 26 de diciembre de 1985.

1. COMPETENCIA INTERNACIONAL

AT Barcelona A 10 de febrero de 1986

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. El artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la jurisdicción ordinaria será la única compentente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros. La jurisprudencia ha interpretado el artículo transcrito como una norma de Derecho necesario, inderogable por la voluntad de

las partes. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1972 se expresa así: el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la competencia de los tribunales españoles para conocer de las demandas que se susciten en territorio español, sin excepción alguna, entre españoles, entre extranjeros y entre extranjeros y españoles sin permitir la declinatoria en favor de Tribunales extranjeros. Muy recientemente, la Audiencia Territorial de Barcelona se ha pronunciado en los siguientes términos: la soberanía del Estado, única y excluyente, comprende entre otros Poderes, al Judicial, según implícitamente viene a reconocer el artículo 117 de la Constitución al proclamar que la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrados en dicho poder a quienes se les declara independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, estableciendo el citado artículo 117.3 que el ejercicio de la propiedad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia que las mismas establezcan; disponiendo el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios jurídicos que se susciten en territorio español, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros enseñando desde antiguo la jurisprudencia en Sentencia de 10 de febrero de 1915 que de la demanda entablada en España por un español contra un extranjero, resida o no en España y cualquiera que sea la naturaleza de la acción, corresponde conocer a los Tribunales españoles (Sala Segunda de lo Civil, Auto de 20 de junio de 1985).

2. La posición tradicional en materia de jurisdicción aparece reforzada con la promulgación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo título primero del libro primero aparece bajo la rúbrica «de la extensión y límites de la jurisdicción». El artículo 21.1 dispone que «los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte». De acuerdo con el siguiente artículo 22, los Juzgados y Tribunales españoles tienen unas competencias con carácter exclusivo, otras con carácter general y, en defecto de los criterios procedentes, serán competentes «en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España». Supuesto perfectamente aplicable al de Autos en que se ejercitan acciones derivadas de un contrato de transporte marítimo y aparece como lugar de entrega de la mercancía el puerto de Barcelona.

3. Admitiendo, *arguendi gratia*, la eficacia de la sumisión expresa en el asunto que nos ocupa, ésta, a tenor del artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe hacerse por los propios interesados, contener renuncia clara y terminante a su fuero propio y designar con toda precisión el Juez a quien se sometieren. Los conocimientos de embarque de folios 7 y 10, redactados por Empresa Líneas Marítimas Argentinas, S. A. (Elma), incluyen una cláusula, impresa en letra apenas legible, del tenor literal siguiente: «32. Jurisdicción. — Cualquier reclamo derivado

de este conocimiento deberá ser presentado entre los Tribunales Federales de la ciudad de Buenos Aires, cuya jurisdicción excluye a los de cualquier otro país. Para las acciones llevadas por el transportador éste podrá optar entre los Tribunales de la ciudad de Buenos Aires o por los del país del lugar del domicilio del demandado o donde éste tenga su residencia». Los conocimientos de embarque referenciados fueron suscritos por el transportista «E.» y por el cargador «L., S.R.L.» pero no por la empresa española actora en la presente litis «S., S. A.» que figura como consignataria de la mercancía, a cuya orden fueron librados los conocimientos, y que mal pudo aceptar expresamente la cláusula de sumisión a tribunales extranjeros impresa en los documentos suscritos en la República Argentina. Por otra parte, la jurisprudencia es tajante en cuanto a la ineficacia de las cláusulas de sumisión cuando la elección del juez quede al arbitrio de una de las partes, como en el caso que nos ocupa en que el transportista —redactor unilateral del documento— se reserva una triple opción entros los Tribunales de Buenos Aires, los del domicilio del demandado y los de la residencia del mismo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1971 estimó carente de eficacia la renuncia del comprador al fuero de su domicilio, que por ser a más de un Juzgado al mismo tiempo carecía de eficacia puesto que con ella los interesados no designaban, con toda precisión, el Juez o Tribunal a quien se sometían, conforme al artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La solución de la sentencia en este caso es correcta. Pero la argumentación es peligrosa por sus reticencias respecto de la eficacia de una cláusula de sumisión expresa a otra jurisdicción que no sea la española. Digámoslo claramente: Después de la LOPJ y de la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la eficacia vinculante de las cláusulas arbitrales internacionales, no existe ningún argumento serio en contra de la validez de una cláusula de sumisión a una jurisdicción extranjera. Lo que procede es examinar el contenido de la clásula y ello con un criterio espiritualista y no meramente rituario. En este caso la cláusula no contiene una verdadera elección del fuero competente. Y eso basta para rechazar la excepción. Las consideraciones sobre la necesidad de expresa renuncia al fuero propio son superfluas.

JPI Gijón

S 15 de abril de 1986

En Gijón a quince de abril de mil novecientos ochenta y seis.

Antecedentes de hecho

Primero) El Procurador Sr. R. en nombre del demandante formuló demanda de menor cuantía contra la entidad mercantil «G.T.T. Inc.» exponiendo como hechos que la actora es propietaria de unos astilleros en Singapur en los que el 31 de diciembre de 1984 y el 5 de enero de 1985, el buque «G.F.» propiedad de la demandada fue objeto de diversas reparaciones encargadas por la entidad «Ch.» de Hong Kong que actuaron en nombre de los propietarios del buque sin que hubiera habido discrepancia o controversia en cuanto a la cantidad de las reparaciones; alega lo pertinente en derecho y súpli-

ca, que teniendo por presentada la demanda dentro del plazo de 20 días a partir del embargo preventivo solicitado previamente, que dio origen a los autos núm. 82/85 y seguido el juicio por sus trámites emplazando a la demandada en la persona del Capitán del Buque «G.F.» como legal representante de la Compañía propietaria y seguido el juicio por sus trámites se condene a la entidad deudora a pagar a la actora como cantidad líquida, vencida y exigible la suma de 152.361 $ de Singapur que corresponde a un contravalor de 11.311.281 ptas., más los intereses pactados, más los intereses desde la demanda hasta que se efectúe el pago, imponiendo las costas a la demandada. *Segundo.* Admitida a trámite la demanda se dio traslado al demandado en la forma solicitada transcurriendo el plazo legal sin comparecer en los autos, por lo que dándose por precluido el trámite de contestación fue declarado en rebeldía quedando representado por los estrados del Juzgado. *Tercero.* Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta y admitida con el resultado que obra en los autos. *Cuarto.* Concluido el plazo legal se unieron a los autos las pruebas practicadas y dentro del plazo señalado en el art. 70 de la LEC, se presentó escrito por el demandante solicitando se dictara sentencia en la forma pedida. *Quinto.* Para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar sentencia se remitieron los autos al Ministerio Fiscal para que emitiera informe a efectos de la competencia de los Tribunales Españoles.

Fundamentos de Derecho

Primero. La jurisdicción, en el sentido de Poder Judicial, en los Estados modernos, constituye una función del Estado, salvo excepciones muy cualificadas que no son del caso, constituyendo dicha función un presupuesto del proceso de tal forma que sin aquélla no puede existir éste, por lo que como se ha dicho por la doctrina más autorizada, la primera condición para que pueda ser examinado el fondo de la demanda es que vaya dirigida a un órgano del Estado investido de jurisdicción; cierto es que, como función del Estado, existieran en principio y salvo supuestos de jurisdicciones supranacionales *(latu sensu)*, tantas jurisdicciones como Estados y que el ámbito territorial de cada uno de ellos, salvo supuestos de sumisión o de extensión por razones peculiares es el que determina el ámbito personal o territorial de cada jurisdicción nacional; si a esto se añaden consideraciones nacidas de la armonía y cooperación entre los Estados como principio general informante del origen jurídico internacional, resulta incuestionable que las competencias jurisdiccionales de cada Estado, tienen que tener límites propios, representados al menos por el respeto a la soberanía de los demás Estados, evitándose así invasiones directas o indirectas en la jurisdicción de los restantes; de todo ello se deriva que los órganos jurisdiccionales de cada país son aquellos a los que legalmente se atribuyen el derecho y el deber de conocer y resolver unos litigios determinados, o, en otras palabras, los órganos jurisdiccionales de un Estado tienen amplitud legal para decidir por lo general en los procesos que ante ellos se planteen respecto de una relación o situación de tráfico jurídico también determinada.

Segundo. Como quiera que hasta el momento histórico actual no existen normas supranacionales, aceptadas por todos los Estados que configuran la comunidad internacional sobre una distribución de las competencias de sus propios órganos jurisdiccionales resulta obligado acudir, salvo casos excepcionales donde se han logrado convenios o tratados, a las propias normas internas para la determinación de esas competencias, puesto que cada Estado unilateralmente viene señalando el ámbito de su propia jurisdicción, delimitando indirectamente la de los restantes Estados y todo ello, y cabe insistir, porque se trata de una materia y una función, la de la Administración de Justicia, que se considera estrechamente vinculada a la propia soberanía; prescindiendo de los diversos criterios que se han propugnado para resolver las posiciones contradictorias al respecto, habrá que acudir a las normas internas del Derecho Español para discernir si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de la cuestión litigiosa a que estos autos se refieren.

Tercero. Hasta para el más exaltado nacionalismo de los intérpretes de nuestro Derecho, resultaría excesivo aplicar en sus propios términos el contenido del art. 51 de la LEC que establece que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se suscitan en territorio español, entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, porque dicho precepto no es más que un fiel trasunto del art. 267 de la LOPJ de 1870, que a su vez tuvo en cuenta el art. 1 del Decreto de 6 de diciembre de 1868 sobre unificación de fueros, donde se disponía que «la jurisdicción ordinaria sea la única competente: ... 6.ª) de los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeúntes», siendo de señalar al respecto dos puntualizaciones: *a*) que la expresión negocios civiles, tanto se refiere a negocios jurídicos extraprocesales como a procedimientos civiles, y *b*) que el art. 51 citado de la Ley de enjuiciar no constituye regla para atribuir competencias judiciales internacionales sin límite alguno puesto que el art. 70 de la misma Ley rituaria ya señala los confines a tan absoluta proclamación, al referirse a que los tribunales españoles tendrán competencia para conocer de los procesos en que intervengan extranjeros como demandantes o demandados o «cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las Leyes del Reino o a los tratados con otras potencias», reproducido en casi literalidad en el art. 21 de la vigente LOPJ con la salvedad a que ésta se refiere: *a*) «con arreglo a lo establecido en la presente Ley y a los Tratados y Convenios en los que España sea parte», lo que ya aclara de forma importante la cuestión que se examina, porque a falta de tratados y convenios internacionales, a lo que habría que estar es a lo previsto en la propia Ley Orgánica que en su art. 22 determina con carácter imperativo la competencia de los tribunales españoles.

Cuarto. Que el supuesto de autos no puede ser subsumido dentro de ninguno de los casos que el art. 22 de la LOPJ establece, pues las partes, personas jurídicas, no tienen su domicilio en España ni se han sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles, pues si bien al demandante sí ha de entenderse que lo hizo tácitamente según el art. 58.1.º de la LEC al presentar la demanda ante un tribunal español, el precepto contenido en el art. 22 citado exige que la sumisión sea efectuada por

las partes y desde luego no resulta acreditado que lo hiciera la parte demandada; ni es aplicable el apartado *cuarto* del precepto aludido cual se infiere de su mera lectura; de todo lo cual debe de concluirse que los tribunales españoles carecen de competencia para conocer de la cuestión controvertida pues de lo que ésta trata es de la reclamación del precio adeudado por unas reparaciones hechas a un buque extranjero propiedad de una empresa extranjera que tiene su domicilio en Hong Kong y cuyas reparaciones fueron realizadas en Singapur por una empresa extranjera.

Quinto. Contra lo que se lleva expuesto, no es óbice el que por aplicación del convenio de 10 de mayo de 1952, sobre unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques, porque ese convenio sí autoriza la traba preventiva a cualquier jurisdicción donde se encuentre el buque, pero el mismo convenio acepta la limitación de la competencia a esa diligencia según resulta del art. 7 del propio convenio, remitiendo para conocer de la cuestión de fondo que motivó la traba al Tribunal competente, e igualmente se infiere así del núm. 5 del art. 22 de la LOPJ.

Sexto. Contra la estimación de oficio de la incompetencia de jurisdicción para conocer de la cuestión litigiosa, podría argüirse que las cuestiones de competencia por razón del territorio no pueden suscitarse ni resolverse de oficio según preceptúa el art. 74 de la LEC, como con harta generalidad se ha venido entendiendo por decisiones judiciales y por la doctrina; pero este precepto no alcanza la generalidad que se le atribuye, porque como resulta de la argumentación de la sentencia de 31 de octubre de 1968, hay que distinguir entre competencias judiciales entre tribunales españoles y entre tribunales españoles y extranjeros, y que mientras para el primer supuesto se siguen normas de derecho dispositivo y por ello nada obsta en principio a la entrada en juego de la voluntad de los litigantes con las limitaciones que la propia Ley establece, para el segundo supuesto se siguen normas de derecho imperativo que ligan la jurisdicción a la soberanía de la Nación sobre su propio territorio sin posibilidad de sustraerse a ellas o de alterarlas; de otra parte, el art. 117.3 de la Constitución Española establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, y esas normas de competencia vienen impuestas en el art. 22 de la LOPJ, que no atribuye a los tribunales españoles la competencia para conocer sobre cuestiones litigiosas como la controvertida al no haberse dado la sumisión expresa ni tácita a que se refiere el núm. 2 del mentado art. 22 de la LOPJ, puesto que según doctrina legal recogida entre otras en las sentencias de 3 de noviembre de 1986, 12 de mayo de 1908, 6 de mayo de 1911 y 24 de octubre de 1926 la rebeldía no puede estimarse como sumisión tácita; todo ello aparte de que en realidad la parte demandada no fue emplazada en forma, puesto que siendo conocido su domicilio debió serlo directamente y no como se hizo en la persona del capitán del buque a que el litigio se refiere, que al encontrarse en puerto, no representa la propiedad del mismo ni a su armador y cuyo emplazamiento por tanto, por muchas consideraciones de urgencia y economía procesal

que se pretenda invocar, no se ajusta por tanto a las prescripciones de la LEC, lo que obligaría a decretar la nulidad de lo actuado.

Séptimo. Consideraciones de equidad y seguridad jurídica aconsejan que por aplicación del art. 7 del Convenio ya citado, se conceda un plazo de dos meses a partir de la firmeza de esta resolución a fin de que el demandante pueda acreditar la interposición de la demanda ante tribunal extranjero competente, pero transcurrido dicho plazo sin que se acredite dicha interposición se dejará sin efecto el embargo preventivo acordado.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

Fallo

Que estimando de oficio la incompetencia de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la cuestión litigiosa propuesta en la demanda rectora de estos autos interpuesta por el Procurador de los Tribunales F.R.T., en nombre y representación de «K.S.L.», procedía declararlo así, y en consecuencia no ha lugar a entrar a examinar el fondo de la misma; se conceden dos meses a partir de la firmeza de esta resolución al actor para que interponga ante Tribunal competente la correspondiente demanda con las pretensiones a que se refiere en el suplico de la demanda; transcurrido el término concedido sin acreditar aquella interposición déjese sin efecto el embargo preventivo acordado; todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

Dada la rebeldía del demandado, notifíquese la presente resolución en forma establecida en el art. 769 de la LEC».

Véase como referencia bibliográfica el comentario de Bardají Gómez L., Sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, *La Ley, n.º 1696, 24 de abril de 1987. En mi opinión, en este artículo se defiende la tesis correcta en contra de la mantenida por la sentencia, que resulta verdaderamente sorprendente.*

AT Barcelona

A 27 de mayo de 1986

Razonamientos jurídicos

II. Planteada la excepción dilatoria de falta de jurisdicción (artículo 533-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en base a la cláusula de sumisión impresa en un conocimiento de embarque, primer punto a resolver es el de su alcance subjetivo, es decir, las personas a las que en principio obliga y que no pueden ser otras que aquéllas que han aceptado expresamente la cláusula suscribiendo el documento, en el caso de Autos «C., S. A.» como transportista y Federación Nacional de Cafeteros como cargador, ambas empresas colombianas; pero no puede extenderse a quienes no fueron parte en la creación de los conocimientos de embarque como es el caso del receptor de la mercancía, la empresa española «F. S. A.» y el asegurador de la misma y actor en el presente juicio, «A., S. A.».

III. Por lo que hace al alcance objetivo de las cláusulas de sumi-

sión a jurisdicciones extranjeras, el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se suscitan en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros; precepto que siempre ha sido interpretado por la jurisprudencia como una norma de derecho necesario, inderogable por la voluntad de las partes, como hace la Sentencia del T. S. de 22 de diciembre de 1972 al decir que el art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la competencia de los tribunales españoles para conocer de las demandas que se susciten en territorio español sin excepción alguna y sin permitir la declinatoria en favor de tribunales extranjeros. Recientemente la Audiencia Territorial de Barcelona en sendos Autos de la Sala Segunda (20 de junio de 1985) y Tercera (10 de febrero de 1986) ha indicado que la soberanía del Estado, única y excluyente, comprende entre otros Poderes el Judicial, estableciendo el artículo 117-3 de la Constitución que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia que las mismas establezcan; enseñando desde antiguo la jurisprudencia interpretativa del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que de la demanda entablada en España por un español contra un extranjero, resida o no en España y cualquiera que sea la naturaleza de la acción, corresponde conocer a los Tribunales españoles (Sentencia de 10 de febrero de 1915).

IV. La tesis tradicional, que es la expuesta, resulta consolidada en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dedica el título primero del libro primero a la extensión y límites de la jurisdicción. El artículo 21-1 dispone que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. De conformidad con el artículo 22 los Juzgados y Tribunales españoles tienen unas competencias exclusivas, otras generales y, en su defecto, serán competentes en materia de obligaciones contractuales cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España. Así ocurre en la hipótesis de Autos en que la mercancía objeto de contrato de transporte debe entregarse en puertos españoles.

V. A mayor abundamiento, el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entiende por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio, y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren. La doctrina jurisprudencial es unánime en reputar ineficaces las cláusulas de sumisión expresa cuando la elección del juez queda al arbitrio de una de las partes o cuando la renuncia al fuero propio es a favor de más de un juzgado al mismo tiempo, por lo que la designación carece de la precisión exigida por el artículo 57 (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1971). La traducción castellana de la condición tercera inserta en los conocimientos de embarque aportados, dice así: «Jurisdicción. Todas las acciones bajo el presente contrato de transporte se iniciarán ante los tribunales de Caracas, Venezuela, si Compañía Anónima Venezolana de Navegación es el transportista, y ante el Juez o Tribunal de Bogotá, si «C., S. A.» es el transportista, y ningún otro Juez o Tribunal tendrá jurisdicción con respecto a tales acciones a menos que el transportista apele a otra jurisdicción o se someta a ella voluntariamente.» La mera lectura de la cláusula indica que el transportista aquí demandado se reserva la elección entre los jueces y tribunales de Bogotá y los de otra jurisdicción; opción que pugna con la precisión exigida por el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no permite conocer de antemano cual es el juez al que se han sometido las partes.

La solución es correcta, dado el tenor de la cláusula de sumisión. Pero son peligrosísimas las reticencias —otra vez y con los mismos argumentos— respecto de la validez general de dichas cláusulas.

2. EXEQUATUR DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

TS (Sala 1.ª) A 23 de diciembre de 1985

En la villa de Madrid, a veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Procurador don Ignacio en nombre de «B. S. C. se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Alto Tribunal de Justicia, División de Queen's Bench (Gran Bretaña) por la que se condenó a las entidades «DAVID», cuyo titular es don David y «PAPI», al pago de 1.459.296,68 ptas. o su equivalente en libras esterlinas.

2. Acordada la citación de las entidades contra quienes se dirigía el procedimiento, se llevó a efecto compareciendo en autos la entidad «Papi» a quien se tuvo por parte y por opuesto a la solicitud de «exequatur» interesada de contrario en base a cuantas consideraciones exponía y que se dan por reproducidas en honor a la brevedad; no verificándola la otra entidad, por lo que de conformidad con lo prevenido en el artículo 957 se acordó proseguir en el conocimiento de los autos sin su intervención.

3. Oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que procedía el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos y no con las modificaciones que pretende «G. S. C.» en su escrito, los cuales podrían suscitarse en sus casos en la fase de ejecución.

Ha sido Ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Antonio Sánchez Jauregui.

1. La sentencia extranjera cuya ejecución se pretende en España fue dictada el día 4 de noviembre de 1977 en el Alto Tribunal de Justicia —División Queen's Bench— (Gran Bretaña), condenando a los demandados «David» y «Papi», a hacer efectiva a la entidad actora «B.S.C.» la cantidad de 1.459.296 pesetas con 68 céntimos.

2. Se insta por la entidad favorecida, por el pronunciamiento judicial dicho, su ejecución en España, pero haciendo constar en su demanda de exequatur que «David», no es una persona jurídica y si una simple «denominación» utilizada por don David, en sus actividades como trans-

ña Antoinette y Don Simón, sobre la finca conocida por Las M., sita en el término Municipal de Moratalla, provincia de Murcia (España), habiendo comparecido y siendo partes en el juicio, Señora de Paul, señora de Claude, señora Patrice, señorita Genevieve, señora J. du B., señora R., Doctor J., señora de Pierre, señora de Alain, señor Eymeric, Duquese de Audiffret. Una vez admitido el exequatur se emplazaron a todas aquellas personas anteriormente citadas para que comparecieran ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo para hacer uso de su derecho en el plazo de TREINTA DIAS, habiendo comparecido únicamente Don Philippe, representado por el Procurador Don Alejandro, no compareciendo el resto de los interesados en la ejecución. Siguiéndose el trámite establecido en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se dio traslado para ser oído por término de NUEVE DIAS a la parte personada ante la que se dirigía la ejecución, la cual en tiempo y forma presentó escrito en que por las razones que alegaba, se oponía a la ejecución interesada, dando seguidamente traslado al Ministerio Fiscal, con igual objeto, el cual emitió dictamen, en el sentido que obra en autos, pasando a continuación los autos al Excmo. señor Magistrado Ponente para que sometiese a la Sala la resolución que procediese.

Siendo ponente el excmo. señor magistrado don Jaime de Castro García.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Pretendida por doña Antoinette la ejecución en España de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Gran Instancia de Burdeos con fecha 19 de febrero de 1979 en proceso seguido entre litigantes de nacionalidad francesa respecto a la extinción del condominio existente sobre la finca conocida por LAS M., sita en el término municipal de Moratalla (Murcia), cuya «venta en subasta ante el propio Tribunal» ordena la resolución de que se trata, es patente que a la solicitud de *exequatur* se opone como insalvable el principio de la *Lex rei sitae*, con su fuerza atractiva, proclamado en el artículo 10, número primero, del Código Civil español, porque si el lugar de situación del inmueble es el punto de conexión para determinar la ley aplicable, según lo exige la soberanía territorial del Estado, los conflictos sobre la existencia, contenido y ejercicio del derecho real o la extinción de la comunidad habrán de ser sustanciados con arreglo al ordenamiento patrio, como del lugar donde el predio está enclavado, circunstancia que lleva consigo la exclusividad del *forum rei sitae* para conocer de las acciones reales inmobiliarias, y así lo establecen también los artículos 16, párrafo primero, y 17, párrafo segundo, del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones jurisdiccionales, suscrito por los Estados miembros de la Comunidad Europea, al señalar que en materia de derechos reales inmobiliarios el foro competente es el de situación de la cosa, sin posibilidad de pacto en contrario, lo que asimismo preceptúa el artículo 2 del Convenio de La Haya de veinticinco de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco.

Segundo. Tales directrices son seguidas por el Convenio entre el Gobierno Español y el de la República Francesa, firmado en París el

portista de mercancías por carretera, arguyendo en este sentido, con el propósito de que se entienda legitimada a la citada persona física para soportar las consecuencias de la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal extranjero contra «David», acompañando a la ejecutoria prueba documental en justificación de su aserto de que procede identificar a la condenada referida con don David.

3. La preceptiva contenida en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladora de la ejecución en España de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, solo autoriza otorgar su concesión dentro de los circunscritos límites que se deriven de la ejecutoria que a la demanda de exequatur ha de acompañarse —artículo 956 de la citada Ley Procesal Civil—, sin que sea lícito en un procedimiento de carácter tan sumario como el que las mencionadas normas establecen, calificar la eficacia probatoria, sin posible contradicción de la parte a quien pueda perjudicar, de documentos que, incluso aun admitiendo su autenticidad, podrían ser desvirtuados por otros elementos probatorios y, como admitir lo contrario llevaría a la consecuencia inadmisible de darle a lo que es un procedimiento sumario el ámbito de un juicio declarativo, se hace obvia la conclusión de que no procede otorgar en España el cumplimiento de la sentencia extranjera dados los términos en que ha sido interesada la concesión del exequatur.

Por lo expuesto:

En nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

La SALA, por ante mí el Secretario, acuerda: No ha lugar a otorgar en los términos en que se interesa el cumplimiento en España de la sentencia dictada por el Alto Tribunal de Justicia, División de Queen's Bench (Gran Bretaña), con fecha 4 de noviembre de 1977, a que se ha hecho suficiente mérito en los fundamentos de derecho de esta resolución. Y devuélvase al Procurador don Ignacio la documentación por él mismo aportada, dejando nota suficiente en las actuaciones.

El solicitante del exequatur no ha sido hábil en el planteamiento de su solicitud. El tema del nombre comercial o de la sociedad irregular hubiera debido traerse a colación en la futura fase de ejecución, a la hora de encaminar el embargo. En el terreno de la instancia hubiera habido una mayor receptividad y un mejor marco para trabar los bienes afectos al uso del nombre comercial.

Con todo, la solución del auto es un tanto decepcionante y pugna abiertamente con la economía procesal. La vía correcta es la defendida por el Ministerio Fiscal en su informe. Siguiéndola se hubieran tutelado todos los intereses en juego.

TS (Sala 1.ª) 28 de enero de 1986

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador Don Ignacio, en nombre y representación de Doña Antoinette, viuda de..., solicitó la ejecución en España, de la sentencia firme, dictada el día diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y nueve por el Tribunal de Gran Instancia de Burdeos, sentencia que dictada en ejercicio de *actio comuni* dividendo (*sic*), comunidad existente entre los herederos de Do-

28 de mayo de 1969 y de directa aplicación al caso presente, al excluir la competencia del Tribunal de origen cuando la acción tiene por objeto un conflicto relativo a un inmueble sito en el territorio del Estado requerido (artículo séptimo, párrafo cuarto), cuyos Tribunales podrán en tal hipótesis no recocer la eficacia de la decisión del primero (artículo 8.º); todo lo cual se concilía, en el ámbito de nuestro ordenamiento positivo, con lo dispuesto en el artículo 954 número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al requerir como primer elemento para la efectividad de la sentencia dictada por el Juez extranjero que la ejecutoria responda al ejercicio de una acción personal (no real), y sobre todo con el artículo 22, número primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, a cuyo tenor los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes «con carácter exclusivo en materia de derechos reales y arrendamiento de inmuebles que se hallen en España».

LA SALA DECLARA no haber lugar a la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Burdeos con fecha diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y nueve, sobre disolución de condominio sobre finca sita en términos de Moratalla (Murcia) y venta del inmueble en pública subasta; insértese esta resolución en la Colección Legislativa.

La resolución es fundamentalmente correcta, pero vale la pena añadir algunas apostillas:

a) *La referencia a los Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y de La Haya de 25 de noviembre de 1965 son futuribles, pues ninguno está ratificado por España. Sirven como dato erudito, lo que honra al Tribunal, pero hay que decirlo para no sembrar confusión, porque no puede servir de* ratio decidendi.

b) *El art. 8 del Convenio con Francia de 28 de mayo de 1969 está redactado de una manera flexible: «El Tribunal requerido podrá no reconocer...» De esta flexibilidad podría echarse mano, por ejemplo, en aras de la economía procesal, cuando el replanteamiento de la cuestión ante los Tribunales del foro lleve al mismos resultado.*

c) *¿Por qué la jurisprudencia se habrá empeñado en que la* actio communi dividundo *es una acción mixta, al menos a efectos de competencia territorial? ¿Valdría el argumento para escaparse de la competencia exclusiva de los Tribunales españoles?*

3. ARBITRAJE INTERNACIONAL

TS (Sala 1.ª) A 28 de octubre de 1985

En la Villa de Madrid, a veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Que por el Procurador don Eduardo y Pernía en nombre de Maaden se interesó la ejecución en España de la sentencia arbitral dictada en veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y dos, por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, así como la dictada a su vez en veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres, rectificando la anterior en procedimiento instado contra la Entidad Taipe, S. A.

2. Que acordada la citación del legal representante de Taipe S. A., contra quien se dirige la ejecutoria a efectos de comparecer ante este Tribunal para ser oído, no pudo llevarse a efecto en el domicilio de la misma, sita en Avenida del Paralelo número 17-19 de Barcelona por tener el indicado domicilio su residencia desde hacía varios años; y llevado a efecto su citación mediante edictos insertos en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, transcurrió el término concedido sin comparecer en autos, acordándose proseguir en el conocimiento de los autos sin su intervención.

3. Que oído el Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el art. 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen, interesando la aportación de los distintos extremos que exponía en su dictamen, entre ellos, reclamar del Registro Mercantil de la Provincia de Barcelona, el domicilio de la Entidad Taipe S. A., y, aportada certificación del Registro de la misma aparece el domicilio de expresada entidad, es el que se hace constar en el número 2 de estos antecedentes.

Ha sido Ponente el Magistrado Excelentísimo señor don Mariano Martín-Granizo Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se interesa en los presentes autos la ejecución del laudo arbitral dictado por don Roland Pucci, designado como árbitro por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (en lo sucesivo CCI) de París, como consecuencia de la cláusula de sumisión a dicho Tribunal que en el contrato de compraventa suscrito entre la solicitante del *exequatur* y la compañía española Taipe S. A., se celebró y firmó en Damasco (Siria) el 5 de agosto de 1978.

Segundo. Se acompañan a la solicitud del presente *exequatur* los documentos necesarios para entrar en su examen; así, el citado contrato con la cláusula compromisoria; dos laudos arbitrales, el que pudiera denominarse inicial, por el cual se resolvió el tema discutido, de fecha 21 de junio de 1982, y el de rectificación del mismo, a instancias de la sociedad que acude al arbitraje, como consecuencia de haberse omitido en el primero lo relativo a intereses, de fecha 29 de abril de 1983. Ambos laudos aparecen debidamente apostillados; consta también la firmeza de referidas resoluciones, así como que el árbitro designado hizo las oportunas comunicaciones y citaciones a Taipe, S. A., en su domicilio social de España, pese a lo cual no contestó a ninguno de los mismos, ni tampoco atendió a las repetidas invitaciones del C.C.I., lo que fue motivo de que estuviere en todo momento ausente del arbitraje.

Tercero. La falta de presencia de referida sociedad, cuya citación tampoco ha podido hacerse en España a los efectos de este *exequatur* en el domicilio social que respecto de la misma aparece en el Registro Mercantil de Barcelona, es causa de que dicha ausencia no deba ser considerada como impeditiva para conocer del *exequatur*, en cuanto apareciendo acreditado que a Taipe, S. A., le fueron hechas las oportunas comunicaciones, así como notificada la designación del árbitro y del procedimiento de arbitraje, tales circunstancias hacen que dicha situación se encuentre comprendida en lo que como ya se recogió en el Auto de esta Sala de 25 de febrero de 1985 constituye un supuesto de «rebeldía

por conveniencia», sin trascendencia a los efectos de impedir el *exequatur*.

Cuarto. Por otra parte, no puede olvidarse el hecho de que la sumisión de ambas partes al arbitraje de la C.C.I., conlleva el sometimiento a sus normas reglamentarias en tal materia y, concretamente, al Reglamento de conciliación facultativa y de arbitraje de dicha Cámara, en vigor desde 1 de junio de 1975, en cuyo art. 24, además de declararse que «El laudo arbitral es definitivo», se establece que «Por la sumisión de su diferencia al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, las partes se comprometen a ejecutar sin demora el laudo que intervenga y renuncian a cualesquiera vía de recurso a las que puedan renunciar».

HA LUGAR a conceder al *exequatur* y, consiguientemente, el cumplimiento en España del laudo arbitral dictado por don Roland Pucci, como árbitro designado por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio y de Industria de París, el día 21 de junio de 1982, por el cual se condenó a Taipe, S. A., a pagar a la entidad Maaden 11.229,87 dólares USA, más las costas, así como el laudo de rectificación del anterior, de fecha 29 de abril de 1983, por el que se rectificó la omisión relativa a los intereses de las condenas pronunciadas contra Taipe, S. A.; y para su ejecución líbrese el oportuno despacho donde se interese por la parte solicitante de la ejecutoria.

TS (Sala 1.ª) A 30 de enero de 1986

Antecedentes de hecho

Primero. El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre de la Sociedad Anónima X., interesa la ejecución del laudo arbitral dictado en la ciudad de Estrasburgo con fecha 10 de diciembre de 1980 por los árbitros señores Robert Matter, Marcel Debayer y F. P. Schmied, resolviendo las diferencias surgidas con motivo de la compraventa de una partida de frutas entre la solicitante y don Luis.

Segundo. No habiendo comparecido ante esta Sala la parte contra quien se dirige la solicitud, el MF emitió el preceptivo dictamen.

Ha sido Ponente el Magistrado señor Serena Velloso.

Fundamentos de Derecho

Primero. Para centrar adecuadamente la pretensión de reconocimiento de un laudo extranjero para su ejecución en España, objeto del presente juicio, deben puntualizarse los siguientes antecedentes, acerca de los cuales la Sala se tiene por suficientemente informada: A) La Sociedad demandante X., S. A., con domicilio en Alken de Bélgica, viene sosteniendo relaciones comerciales con el demandado, don Luis, al menos desde el 14 de marzo y 6 de abril de 1979, fechas que corresponden a facturas de mercancías suministradas por la Sociedad al demandado en dichas fechas, aportadas mediante el ejemplar en poder de la Sociedad; B) Dichas facturas responden a un modelo único para todas las transacciones efectuadas por la Sociedad demandante, constando de un anverso en el que se especifican las mercancías objeto de la remesa y a continuación la indicación «Suministros hechos en las condiciones de venta reproducidas en el dorso y en las condiciones particulares indicadas más arriba»: figurando en el dorso, en los idiomas holandés, francés y español, las aludidas condiciones generales de venta y, entre ellas, y en primer lugar, la de que, en caso de litigio, solamente la *Chambre Arbitrale de Strasbourg CEE, code d'usages COFREUROP* es la competente; C) el 17 de marzo de 1980, la Sociedad demandante suministró al demandado partidas de fruta (peras y manzanas), a que corresponde la documentación aportada (confirmación de venta y facturas), siempre con la indicación de hallarse la operación sujeta a las condiciones generales de venta; habiéndose efectuado el embarque de la mercancía en el puerto de Rotterdam; D) recibida oportunamente la mercancía, llegada a Tenerife y Las Palmas, el demandado solicitó el abono de ciertas averías, que no fueron aceptadas por la Sociedad demandante, la cual, mediante carta 12 de mayo de 1980, corroborada por télex puestos en Alken (24 de junio de 1908, contestando al del demandado de 19 del mismo mes, y 19 de agosto del mismo año), conminó al demandado de inmediato pago (íntegro y por vía telegráfica) y, en otro caso, con someter la diferencia a la Cámara de Estrasburgo; E) llevado el asunto a la *Chambre Arbitrale pour les fruits, légumes et primeurs frais et Comestibles CEE*, dicho organismo, el 10 de diciembre de 1980, después de dar a la reclamación la tramitación prevenida, citando en forma al demandado, que no compareció, ha dictado el laudo cuyo reconocimiento y ejecución en España se solicita; F) la demanda, origen del presente juicio de reconocimiento y ejecución, presentada ante esta Sala y proveída el 1 de febrero de 1985 (la presentación se efectuó el 31 de enero del mismo año), se ha tramitado conforme a lo dispuesto en los arts. 951 al 958 LEC; habiéndose emplazado al demandado en Santa Cruz de Tenerife el día 27 de junio último, por tiempo de 30 días; previniéndose que, pasado dicho término, esta Sala proseguiría en el conocimiento de los autos, aunque no hubiere comparecido; sin que haya comparecido, no obstante estar citado en forma; G) el MF, oído en conformidad con lo prevenido en el art. 956 LEC antecitado, ha emitido el siguiente dictamen: «Que estima no procede —con la reserva que se hace al final de este dictamen— acceder al reconocimiento del laudo arbitral dictado el 10 de diciembre de 1980 por la Cámara Arbitral para la fruta, hortalizas, etcétera, por falta de cumplimiento del requisito o presupuesto que a continuación se cita: I. — El laudo arbitral cuyo reconocimiento se pretende fue dictado en Estrasburgo (Francia) el 10 de diciembre de 1980 y tiene carácter definitivo, toda vez que no fue impugnado por ninguna de las partes y adquirió firmeza, según consta debidamente acreditado en la documentación que acompaña al escrito inicial solicitando el reconocimiento. II. — De la documentación aportada también resulta acreditado que la parte demandada, don Luis, ha tenido oportunidad de intervenir en la designación de árbitro y de ejercitar su defensa en el procedimiento de arbitraje, conforme establece el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras 10 de junio de 1958, Instrumento de adhesión de España 12 de mayo de 1977 (art. V.b), siendo regularmente citada por carta certificada con acuse de recibo. III. — La materia objeto del arbitraje ha sido una cuestión —controversia sobre averías de cierta mercancía— derivada de una operación

de comercio internacional seguida por el cauce jurídico de la compraventa mercantil que no está excluida por la legislación interna del procedimiento arbitral y, por tanto, el laudo no es contrario al orden público interno por cuanto decide sobre materia que puede ser objeto de resolución en España por vía extrajudicial, quedando la cuestión sometida también al ámbito material de aplicación del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, Instrumento de ratificación por España depositado el 12 de mayo de 1975. IV. — El laudo arbitral y demás documentación aportada aparece debidamente apostillada, por lo que reúne caracteres de autenticidad. V. — La ineficacia de la cláusula compromisoria es lo que impide el reconocimiento en España del laudo arbitral. Según los Convenios Internacionales citados, que son vinculantes y de aplicación en España a las relaciones jurídicas sometidas a su ámbito material, en virtud de lo establecido en el art. 91.1 CE y en el art. 1.5 CC, pasando a formar parte del ordenamiento jurídico interno, para que las partes queden sometidas a la obligación de acudir al arbitraje con sus diferencias en determinada relación jurídica es preciso que medie una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas (artículo 2.2 Convenio de Nueva York) o en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor (art. 1.2 a) Convenio de Ginebra). No se ha acreditado que el contrato que se dice contenía la cláusula compromisaria, estuviera firmado por don Luis o su representante o apoderado, ni que el compromiso fuera aceptado por éste mediante cartas, telegramas o teleimpresor. Ciertamente consta que entre las partes se cruzaron cartas y télex, en los que se anuncia por X., S. A. acudir al arbitraje de Estrasburgo, pero no aparece que la otra parte aceptara o diera su conformidad al sometimiento de la cuestión suscitada sobre las averías de las mercancías a la decisión arbitral. No se han traído a los autos el contrato que dio lugar a la operación comercial y el que, según se dice, contenía la cláusula compromisoria. Se ha traído tan sólo un impreso o modelo de contrato habitualmente utilizado en sus operaciones por X., S. A., que en el reverso contiene cláusula impresa de sumisión a la decisión de la Cámara de Arbitraje de Estrasburgo, pero no puede considerarse como documento con eficacia probatoria de un punto esencial para el que Convenios internacionales exigen la firma de las partes. Por otra parte, en materia de arbitraje, la legislación española es rigurosamente formal, por cuanto que el contrato de arbitraje o compromiso exige no sólo la forma escrita, sino también la solemne (el art. 5 L, de 22 de diciembre de 1953 establece como requisito de forma la escritura pública), no pudiendo acudirse para decidir este caso al sistema de libertad de forma que, como regla general, preside nuestro derecho de la contratación (arts. 1258 y 1278 CC), y aplicar lo dispuesto en el art. 1.2 a) del Convenio de Ginebra, salvo que pudiera entenderse que esta disposición del Convenio comprende no sólo el contrato de compromiso, sino también a la mera cláusula compromisoria o precontrato de compromiso que autoriza el art. 6 Ley de Arbitraje Pivado y que, configurado con propia autonomía negocial, queda sometido en nuestro ordenamiento interno al régimen general de libertad de forma. En tal caso, parece incuestionable que de la documentación unida al escrito inicial de estos autos llégase a la convicción de que al concertar el contrato de compraventa de la mercancía sobre la que ha versado el laudo arbitral, las partes decidieron someter las posibles diferencias al arbitraje de la Cámara de Estrasburgo, al figurar entre las llamadas condiciones de venta impresas al dorso de las facturas comerciales, sometimiento que además resulta de varios télex dirigidos por la entidad vendedora anunciando transmitir la cuestión a la Cámara arbitral de Estrasburgo, sin que en las contestaciones el comprador formulara ninguna protesta o disintiera en alguna forma del propósito claramente anunciado».

Segundo. Planteada la pretensión con los antecedentes puntualizados, primeramente ha de razonarse que se está en el caso del art. 952 LEC, por existir los «Tratados especiales» con la nación en que se ha pronunciado el laudo, significados por el invocado Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 y vigente para España desde el 10 de agosto de 1977, complementado por el Convenio sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 y vigente para España desde el 5 de marzo de 1975 (BOE 7 y 4 de octubre de 1975 y 11 de julio de 1977, respectivamente). No es de aplicación el Convenio europeo relativo a la competencia judicial y la ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, por no haberse producido la adhesión de España a los Convenios contemplados en el art. 220 Tratado CEE, siquiera exista el compromiso de hacerlo, en los términos del art. 3.º Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las Comunidades Europeas (BOE 1 de enero), aparte haberse iniciado el presente juicio de reconocimiento con anterioridad a la fecha del Instrumento de ratificación del Tratado de adhesión (12 de junio del 1985).

Tercero. Habiéndose aportado toda la documentación requerida por el art. 4.º Convenio de 1958 con la apostilla de la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961, todo pende de la existencia del compromiso entre las partes en favor del órgano que ha dictado el laudo, pues, resuelto positivamente ese punto y conforme siempre a los Convenios de aplicación, sólo se podrá denegar el deconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada; apareciendo de las diligencias que el demandado don Luis, debidamente emplazado por 30 días y con las oportunas prevenciones, no ha comparecido ante esta Sala para probar alguno de los casos que taxativamente se enuncian en el art. 5.1 Convenio de 1958, ya que obviamente no se está en los del art. 5.2 por cuanto el objeto de la diferencia reclamada del precio (procedencia de las averías) es susceptible de solución por vía de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral no serían contrarios al orden público español, por lo que, a todas luces, no procede denegar lo pedido, como no sea a instancia de la parte.

Cuarto. El indispensable presupuesto de la existencia del compromiso entre las partes es, pues, como acertadamente señala el dictamen del MF, el único óbice que puede oponerse a lo solicitado. Según el

art. II Convenio de 1958, la expresión «acuerdo por escrito» (ya que ha de revestir forma escrita precisamente, sin que exista libertad de forma para el acuerdo ni la alcancen las mayores exigencias formales del Derecho interno, por ejemplo la escritura pública exigida por la ley española de Arbitrajes de Derecho privado 22 de diciembre de 1953), la expresión —se repite— «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, «firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas», o sea, que no se exige la suscripción si el acuerdo asienta «en un canje de cartas o telegramas»; añadiendo el Convenio Europeo de 1961 que a los fines de aplicación (Convenio de 1958) se entenderá por «acuerdo o compromiso arbitral» la cláusula compromisoria o compromiso «contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor». Tal acuerdo ha de reputarse existente en el caso, si se atiende a los antecedentes circunstancialmente reseñados en el primero de los presentes razonamientos: el demandado no había contratado ocasional o singularmente con la Sociedad demandante, dedicada, como él mismo, al tráfico de productos hortofrutícolas, sino que se hallaba en relación con la misma al menos desde el año 1979 y, por tanto, conocía las condiciones generales bajo las cuales operaba y que constantemente se consignan en la documentación empleada. Puede, por lo tanto, afirmarse que el demandado recibió factura expedida por la Sociedad demandante, igual a las que habitualmente emplea ésta, consignando la sumisión a la *Chambre Arbitrale de Strasbourg CEE*, siendo recibida y comercializada la mercancía bajo dicha factura con la cláusula sumisoria. También puede entenderse, a mayor abundamiento, que el demandado se hallaba obligado a protestar dicha sumisión ante las conminaciones que la Sociedad le hizo en la carta 12 de mayo de 1980 y en los télex 24 de julio contestando al télex del demandado, de 18 y 19 de agosto de 1980, y que, no habiéndolo hecho, y antes bien recibido la mercancía bajo factura cuyo contenido conocía, dio vida a un compromiso contenido en el intercambio de tales documentos. Tampoco puede olvidarse que el Acuerdo Europeo de 1961 declara igualmente válido «en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes», que daría entrada a la libertad de forma del art. 7 L 22 de diciembre de 1953 para el contrato preliminar de arbitraje. Interpretación de los Convenios la así expuesta, ajustada a la índole de las relaciones mercantiles internacionales.

Quinto. Que, por todo lo razonado, procede acceder a lo solicitado en los términos del art. 958.2 LEC.

Por todo lo acordado, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español.

La Sala acuerda: Ha lugar el cumplimiento en España de la sentencia arbitral 10 de diciembre de 1908, para lo que se expedirá, si se pidiere, el exhorto que proceda para el órgano jurisdiccional que deba ejecutarla, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado.

¡Bravo por la resolución! Frente a las tesis retrógradas y formalistas del Ministerio Fiscal en esta ocasión, se ha impuesto una concepción espiritualista de la Sala en cuanto a como se documenta la existencia de un compromiso arbitral. La reflexión es de sentido común y por eso muchas veces resulta preterida: Para comprar las peras y las manzanas, para venderlas, comerlas o comerciarlas, el apoyo documental de unas facturas y de unas condiciones generales conocidas por remisión es más que suficiente. Para pagar o para probar la existencia de la cláusula arbitral, habría que sacar los santos en procesión, si se hubiera seguido la tesis del Fiscal. ¡Menos mal que la Sala sigue el rumbo imparable que se ha fijado!

TS A 7 de octubre de 1986

En la Villa de Madrid a siete de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Devueltos los autos por el Excmo. señor Magistrado Ponente.

Antecedentes de hecho

El Procurador don Eduardo en nombre y representación de la Entidad T. H., sociedad holandesa, solicitó la ejecución en España del laudo arbitral dictado el 13 de julio de 1983 por el Netherlands Arbitration Institute, que omitió en el pago de la suma de 119.517,25 florines, más intereses legales en Holanda originados desde el 13 de octubre de 1982, hasta la fecha del pago y las costas del arbitraje que fueron fijadas en la suma de 6.253,86 florines holandeses a cargo del hoy demandado don Juan Antonio Domínguez. Turnado que fue el presente *exequatur* a esta Secretaría, y dándole al mismo el trámite establecido por la Ley, se emplazó de comparecencia ante esta Sala por término de treinta días a don Juan Antonio y habiendo fallecido compareció en autos su hijo don Juan, en tiempo y forma, representado por el Procurador don José Luis, el que se opuso a la tramitación del presente *exequatur* por razones que obran, pasando a continuación las actuaciones al Ministerio Fiscal, el que igualmente se opuso a la ejecución en España de dicho *exequatur* por las razones que constan en su escrito, pasando por último los autos al Excmo. señor Magistrado Ponente para resolución.

Ha sido Magistrado Ponente el Excelentísimo señor don Jaime Santos Briz.

Fundamentos de Derecho

Primero. Por escrito de 19 de septiembre de 1985 la sociedad holandesa «T. H., solicita el cumplimiento en España del laudo arbitral holandés de fecha 13 de julio de 1983, consistente en el pago de la suma de 119.517,25 florines holandeses, a cuyo pago el árbitro condena a don Juan Domínguez, residente en la Coruña, Sta. Eugenia de Riveira. No es posible acceder a lo solicitado por las siguientes razones: 1. Consta en los actuado que el condenado señor Domínguez, que actuaba bajo el nombre comercial J. Domínguez, falleció el 26 de noviembre de 1980, es decir, antes de seguirse el procedimiento arbitral e incluso antes de ser notificado, por carta de 3 de marzo de 1983, por el abogado Mr. F. H. A. Arisz, de la solicitud de arbitraje, en la que se le daba la oportunidad de formular por escrito su defensa. 2. Extinguida la personalidad civil del fallecido (art. 32 del

Código Civil), tampoco se siguió el procedimiento contra sus herederos, respecto de los que nada prueba la solicitud del reconocimiento del indicado laudo arbitral, ni invoca su derecho contra heredero alguno. 3. Es pues, evidente que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no fue debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, ni ha podido, por razón de su fallecimiento, hacer valer sus medios de defensa, por lo que conforme al art. V ap. 6) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, debe ser denegado el reconocimiento; lo que corrobora, aunque desde otra perspectiva, en este supuesto no utilizada por las partes, el Convenio de Ginebra, sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961, al señalar como causa de nulidad de la sentencia arbitral no haber sido informada la parte sobre el nombramiento de árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral o haberle sido imposible, por razón de su muerte en este caso, hacer valer sus alegaciones o recursos (art. IX, 1, b). 4. Por último, desde otro punto de vista y a mayor abundamiento, tampoco puede obtenerse el reconocimiento y la ejecución solicitados por no haber acompañado a la demanda, tal como exige el art. IV, ap. 6) del expresado convenio de Nueva York, el original del acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

Segundo. Por lo expuesto procede denegar la ejecución de laudo arbitral solicitada en estas actuaciones.

Por lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

LA SALA ACUERDA. NO HA LUGAR al reconocimiento y ejecución en España del laudo arbitral de fecha de trece de junio de mil novecientos ochenta y tres, dictado por árbitro único, designado por el Instituto Holandés de Arbitraje, por el que se condena a J. Domínguez, que también actuaba bajo el nombre de «Domínguez», a pagar determinada suma en florines holandeses a la sociedad de responsabilidad limitada «T. H.», sociedad holandesa. Devuélvase la Sentencia arbitral en cuestión a su presentante.

Son cosas de la vida. Parece en efecto que tanto la conducción del proceso arbitral como la posterior instancia del exequatur fueron llevadas un tanto alegremente. No ha habido mucha prudencia, no. Y el resultado era de esperar.

Pero también hay que decir que los herederos del difunto fueron un rato largo de vivos. A la chita callando, se quedaron quietecitos, amodorrados, hasta que llegó el laudo, para sacar todos los papeles. No es la primera vez que pasa.

En todo caso hay compensación de culpas.

4. EXEQUATUR DE SENTENCIAS DE DIVORCIO

TS (Sala 1.ª) A 9 de julio de 1985 (Alemania)

RESULTANDO: Que por el Procurador don Saul en nombre de don José Luis, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en once de febrero de mil novecientos setenta y cuatro por el Juzgado de Primera Instancia de Limburgo (Alemania Federal), acordando el divorcio del solicitante y doña María del Carmen; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos que cita.

RESULTANDO: Que acordada la citación de doña María del Carmen contra quien se dirige la ejecutoria, se llevó a efecto personalmente con la misma, dejando transcurrir el término concedido sin comparecer en autos para ser oída, acordándose proseguir en el conocimiento de los mismos sin su intervención.

RESULTANDO: Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que no procedía acceder a la solicitud de *exequatur* por cuantas consideraciones exponía y que aquí se dan por reproducidas en honor a la brevedad.

Siendo Ponente el Excmo. señor Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

CONSIDERANDO: Que la resolución que se pretende cumplimentar en España, se refiere a un matrimonio canónico, celebrado en la ciudad de Wiesbaden (Alemania Federal) el día once de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho entre los súbditos españoles, don José Luis (solicitante) y doña María del Carmen (oponente); siendo de observar que la resolución, fechada el once de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, fue dictada no por el Juzgado de primera instancia civil de Limbebg-Lahn (RFA), como se dice en la solicitud, sino por el *Tribunal Eclesiástico* del Departamento Episcopal de dicha ciudad y por ella se decretó, no el *divorcio*, como también erróneamente se expone en la solicitud, sino la *separación de cuerpos*, que fue lo instado por la mujer en su demanda inicial, a la que no se opuso el marido que ahora pide la cumplimentación, siguiéndose la tramitación, de acuerdo con las normas del Código de Derecho canónico, dedicadas a la *separación*, de las que específicamente se aplican las contenidas en los cánones 1131 y 1504.

CONSIDERANDO: Que la índole de la resolución de que se trata y el carácter del Tribunal de que emana, impiden la cumplimentación por el procedimiento elegido, porque según los principios vigentes en el ordenamiento español, los Tribunales eclesiásticos no están subordinados a la organización administrativa o judicial del Estado donde radique, sino a la Santa Sede, con el consiguiente valor universal de sus decisiones, complementada únicamente, a los *efectos civiles*, con la normativa que al respecto se establezca. Y en este sentido, es de tener presente el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de tres de enero de mil novecientos setenta y nueve (ratificado el cinco de diciembre) en cuyo Punto I, 1, referente a los «Asuntos jurídicos», se establece la posibilidad de ejecución de las Sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos, cualquiera que sea el punto geográfico de su localización y el territorio del Estado a que corresponda su sede, siempre que se presente ante el *Órgano jurisdiccional competente* y las ejecutorias reúnan los *requisitos exigidos por el Estado para el reconocimiento*. Ninguna de cuyas exigencias se cumplieron aquí, pues en cuanto a lo primero, la Disposición Adicional segunda de la Ley de siete de julio de mil novecientos ochenta y uno, dispone que «el conocimiento de la

solicitud de *eficacia civil* de las resoluciones dictadas por los Tribunales clesiásticos, corresponde el *Juzgado de primera instancia*»; y por lo que respecta a lo segundo, tampoco se acreditó la observancia de lo requerido en los artículos 951 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil, pues no consta la firmeza de la Sentencia que se intenta cumplimentar, y la ejecutoria acompañada carece de la indispensable autenticidad, al faltar la legalización, efectuada en debida forma.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de cuanto antecede y de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, procede denegar la cumplimentación en España interesada, devolviéndose la ejecutoria presentada, a la parte que la presentó, según lo establecido en el artículo 958 de la Ley de enjuiciamiento civil.

NO HA LUGAR a la cumplimentación en España de la Sentencia del Tribunal eclesiástico del Departamento episcopal de Limburg-Lahn (Alemania Federal) de once de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, por la que se decretó la separación de cuerpo en el matrimonio canónico celebrado en la ciudad alemana de Wiesbaden entre los súbditos españoles don José Luis y doña María del Carmen, devolviéndose la ejecutoria al marido que la presentó.

Hay que reconocer que la representación jurídica de la parte solicitante del exequatur no estaba muy al día de las normas legales vigentes. Tal vez porque los ejemplares de sus instrumentos de trabajo se habían quedado obsoletos. De esta forma es comprensible que el Tribunal haya denegado el exequatur con benevolencia.

TS (Sala 1.ª) A 11 de julio de 1985 (Alemania)

RESULTANDO: Que por el Procurador doña María Isabel, se interesó en nombre de doña Amparo, la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal Regional de Kempton (Alemania Federal), 6.ª de lo Civil en veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco, acordando el divorcio de la solicitante y don Hans Wilhelm; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos que citaba.

RESULTANDO: Que acordada la citación de don Hans Wilhelm se remitió Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de Alemania, habiéndose presentado por la parte solicitante del *exequatur* acta de notoridad otorgada ante el Cónsul español en Munich (Alemania Federal), allanándose totalmente a la demanda de ejecución presentada por la esposa.

RESULTANDO: Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que procedía acordar la pretensión deducida por doña Amparo.

Siendo Ponente el Excmo. señor Magistrado don José María Gómez de la Bárcena López.

CONSIDERANDO: Que la presente solicitud de ejecución de sentencia extranjera, postulada por la Procuradora doña María Isabel, en la representación acreditada de doña Amparo, de nacionalidad española, referida a la pronunciada en veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Tribunal Regional de Kempton, Alemania Federal, en proceso de divorcio, del matrimonio contraído por la solicitante, con el súbdito alemán don Hans Wilhelm, residentes ambos en

la precitada ciudad, se ha sustanciado con la conformidad expresa del esposo producida en acta de notoriedad otorgada ante el Cónsul General de España en Munich, cumpliendo los requisitos exigidos por los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que se trata del ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía, ni contraviene el régimen jurídico español, visto el artículo 107 del Código Civil, estando revestida de autenticidad y adquirido firmeza, visto el favorable dictamen del Ministerio Fiscal, procede acordar su ejecución en España, en la forma y términos en que se pide, y con los pronunciamientos contenidos en el artículo 958 de la Ley Procesal.

HA LUGAR a la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal Regional de Kempton (Alemania Federal), 6.ª Sala de lo Civil en veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco, acordando el divorcio de doña Amparo y don Hans Wilhelm; y para su ejecución líbrese el oportuno despacho al Registro Civil que se exprese por la parte solicitante.

TS (Sala 1.ª) A 16 de julio de 1985 (Alemania)

RESULTANDO: Que por el Procurador don Luis en nombre de don Herman, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Sigburg (Alemania), con fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, acordando el divorcio del solicitante y doña Rodica, acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos que citaba.

RESULTANDO: Que acordaba la citación de doña Rodica por medio de edictos por ser desconocido su paradero, se llevó a efecto mediante su inserción en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid; transcurriendo el término concedido sin que se personara en autos para ser oída, prosiguiéndose en el conocimiento de los autos sin su intervención.

RESULTANDO: Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el que se interesaba se apostillase la ejecutoria.

Siendo Ponente el Excmo. señor Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

CONSIDERANDO: Que la presente solicitud de cumplimentación en España, se refiere a una Sentencia dictada por el Juzgado de instancia, en asuntos familiares, de Siegburg (Alemania Federal) de dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, por la que se decreta el divorcio, instado y tramitado de común acuerdo, del matrimonio civil, del que no existe constancia alguna en las actuaciones, que se dice celebrado en Madrid el día dieciocho de mayo de mil novecientos setenta y siete, entre los súbditos españoles don Herman (solicitante) y doña Rodica, concretándose la solicitud en el Suplico de la misma, con la improcedente petición de que el Auto en que se acceda a la cumplimentación, se comunique al Tribunal alemán que dictó la Sentencia, «a fin de que tenga efecto lo en ella ordenado», en contra de lo que constituye la esencia del procedimiento de *exequatur* propiamente dicho. Por otra parte, es de observar que la ejecutoria presentada no es susceptible de cumplimentación, al no estar acreditada la *firmeza* de la resolución, exigida por el artículo 951 de la Ley de enjuiciamiento civil forzosamente

coincidente con toda la reglamentación internacional, con la que no puede identificarse su entrada en vigor («rechtskräftig») que, en este caso lo fue el mismo día en que fue dictada (dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y dos); ni consta tampoco su *autenticidad*, inexorablemente requerida en el número cuatro del artículo 954 de la propia Ley, pues no figura la necesaria Apostilla, no obstante haberse pedido a la parte solicitante, con Providencia de veintisiete de mayo del año en curso, a la vista de lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, imposible de sustituir con aquello con que se intentó, que fue la mera legalización de la firma del Canciller del Consulado español en Düsseldorf, que se había limitado a decir que «la traducción de la resolución alemana» acompañada, «concuerda fielmente con su original en idioma alemán» ajeno, por completo, a lo que se había interesado. Por todo lo cual, procede denegar la cumplimentación solicitada, devolviéndose la ejecutoria a la parte que la presentó, según dispone el párrafo primero del artículo 958 de la Ley de enjuiciamiento.

NO HA LUGAR a la cumplimentación en España de la Sentencia del Juzgado de instancia, en asuntos familiares, de Siegburg (Alemania Federal) de dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, por la que se decreta el divorcio del matrimonio civil celebrado en Madrid el dieciocho de mayo de mil novecientos setenta y siete, entre los súbditos españoles don Herman y doña Rodica. Devuélvase la ejecutoria al marido, don Herman, que la presentó.

También en este caso la representación jurídica del solicitante del exequatur adolecía de lagunas graves en cuanto al significado del procedimiento y de la documentación que debía soportarlo. Ahora ya se ha popularizado lo suficiente, al menos en materia de divorcios, como para ponerse al día. Lo contrario aduce falta de responsabilidad profesional.

TS (Sala 1.ª) A 24 de octubre de 1985 (Alemania)

Antecedentes de hecho

Primero. Que por el Procurador don Santos en nombre de don Luis se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada el 19 de enero de 1984 por el Tribunal de Primera Instancia de Biedenkopf-Lahn (Alemania Federal), acordando el divorcio del solicitante y doña María Angeles.

Segundo. Que según se desprende de las actuaciones, por la esposa doña María Angeles, se interesó ante esta misma sala por escrito presentado con posterioridad al del esposo, la ejecución de la misma sentencia, acordándose por auto de veinticinco de mayo del corriente año, la unión del expresado escrito al presente rollo de Sala.

Tercero. Que oído al Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido de estimar que se cumplen la exigencias legales para acordar la ejecución del *exequatur*.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba.

Fundamentos de derecho

Primero. Que solicitada por ambos cónyuges don Luis y doña María Angeles la ejecución en España de la sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia de Biedenkoff (Alemania Federal) el 19 de enero de 1984, respecto del matrimonio de los mismos contraído en Madrid el 30 de diciembre de 1973 y constatado que la documentación aportada es la exigida por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que, por otra parte, la postula que se deduce contraríe el orden público interno español, se está en el caso de acceder a la solicitud de ejecución que se pretende de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal.

La Sala acuerda:

HA LUGAR al cumplimiento en España de la sentencia de divorcio de don Luis y doña María de los Angeles dictada por el Tribunal de 1.ª Instancia de Biedenkoff (Alemania Federal) el 19 de enero de 1984, respecto del matrimonio de los solicitantes celebrado en Madrid el 30 de diciembre de 1973, librándose al efecto las oportunas certificaciones y despachos al Juzgado que solicite la parte proponente de la ejecutoria.

TS A 13 de noviembre de 1985 (Alemania)

Antecedentes de hecho

Primero. Que por el Procurador don Eduardo en nombre de don Ricardo y doña Rosenda, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Frankfurt am Main (Alemania Federal), de fecha 7 de diciembre de 1928, acordando el divorcio de ambos cónyuges, acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos.

Segundo. Que al haberse solicitado por ambos conyuges la ejecución de la sentencia a interesado en el suplico de la demanda prescindir de la citación o audiencia de la parte contraria, se pasaron los autos al Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de Ley de Enjuiciamiento Civil, quien emitió dictamen en el sentido de que cumpliéndose las exigencias legales procedía acceder a la pretensión deducida.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Jaime de Castro García.

Fundamentos de derecho

Primero. En razón de la inexistencia de Tratado entre España y la República Federal de Alemania, todavía no concertado, para el reconocimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas en el otro Estado, e inaplicable por consiguiente el régimen convencional que como criterio preferente señala el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, opera en el caso actual el sistema de reciprocidad aludido en el artículo 952; lo que lleva a estimar la petición de *exequatur* respecto de la sentencia pronunciada con fecha 7 de diciembre de 1982 por el Juzgado Local de Frankfurt am Main, acordando el divorcio de doña Rosenda y don Ricardo, ambos de nacionalidad española, pero residentes en términos de dicha ciudad germana por razón de trabajo al tiempo de la disolución del vínculo, y

dado que la materia no se halla en pugna con el orden público interno, según la previsión del artículo 12, párrafo 3, del Código Civil, Cuerpo legal cuya normativa es incluso invocada por el Juez de origen, debe prosperar la petición formulada por ambos esposos a fin de dar la debida constancia a la extinción del matrimonio, como también dictamina el Fiscal, ya que la documentación aportada está revestida de las formalidades prescritas.

SE ACUERDA dar cumplimiento en España a la sentencia pronunciada por el Juzgado Local de Frankfurt am Main acordando el divorcio de los conyuges doña Rosenda y don Ricardo.

TS A 16 de noviembre de 1985
(Alemania)

RESULTANDO: Que por el Procurador don Adolfo en nombre de doña Lourdes, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en 19 de abril de 1977 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Provincial de Hannover (Alemania Federal), acordando el divorcio de la solicitante y don Reinhard.

RESULTANDO: Que acordada la citación de don Reinhard, se libró la oportuna Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de Alemania Federal, la que no se pudo cumplimentar por no haber acudido a las diversas citaciones o requerimientos que se le hicieron.

RESULTANDO: Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder al *exequatur* interesado por reunir la ejecutoria los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación a falta de tratado con Alemania Federal y sin que conste que en dicho país se deniegue el conocimiento de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales españoles.

Siendo Ponente el Magistrado Excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Casetaño.

CONSIDERANDO: Que la presente solicitud de cumplimentación en España se refiere a una Sentencia del Tribunal territorial (Landgericht) de Hannover (Alemania Federal) de 19 de abril de 1977, que adquirió firmeza, por la que se decretó el divorcio del matrimonio civil celebrado en la misma ciudad alemana, el 2 de abril de 1969, entre la súbdita española doña Lourdes y el señor Reinhard (ciudadano alemán), del que nació un hijo varón, habiéndose seguido el procedimiento a instancia de la mujer, compareciendo el marido que no se opuso a la solicitud; siendo de observar que aparece debidamente acreditado el cumplimiento de todas las formalidades requeridas por el Estado de origen, según consta en la documentación presentada, que se avala con la pertinente Apostilla, conforme a lo establecido en la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961, como asimismo se observaron los requisitos que exige la legislación española para el *exequatur* —solicitado por la mujer— en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin que pueda ser obstáculo el hecho de no comparecer el marido ante este Tribunal Supremo, no obstante haber sido citado en tiempo y forma, habida cuenta su comparecencia, sin oposición, antes referida, en la tramitación del procedimiento de divorcio, ni tampoco se oponga el orden público español, a causa de la nueva redacción del artículo 107 del Código Civil, después de la reforma introducida por la ley de siete de

julio de 1981; por todo lo cual, de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, procede acceder a la cumplimentación interesada.

CONSIDERANDO: Que igualmente y conforme a lo que se solicita, debe accederse al reconocimiento y ejecución en España del Auto dictado por el Juzgado Municipal de Hannover de 29 de noviembre de 1977 que, como complemento de la Sentencia anteriormente referida, a cuya cumplimentación se accede, y con igual observancia de todas las exigencias legales, regula los efectos civiles de aquélla, en especial el relativo a la patria potestad del hijo común del matrimonio disuelto, Christrian Schmeiss, que fue concedida a la solicitante del *exequatur*, doña Lourdes.

CONSIDERANDO: Que a los efectos de la cumplimentación, habrá de comunicarse el presente Auto, en la totalidad de los dos extremos a que se refiere, al Registro Civil Central, para que obtenga la finalidad que en él se ordena.

HA LUGAR a la cumplimentación en España de la Sentencia firme dictada por el Tribunal territorial (Landgericht) de Hannover (Alemania Federal) con fecha 19 de abril de 1977, por la que se decreta el divorcio del matrimonio civil celebrado en la misma ciudad, el 28 de abril de 1969, entre la súbdita española doña Lourdes y el ciudadano alemán Reinhard y asimismo, del Auto del Juez municipal de la propia ciudad alemana de Hannover de 29 de noviembre de 1977 que, complementando la anterior, regula sus efectos civiles, en especial los relativos a la patria potestad del hijo común del matrimonio, Christian, concedida a la madre; debiéndose comunicar la presente resolución al Registro Civil Central a fin de que tenga efectos cuanto se ordena en la misma.

TS A 13 de diciembre de 1985
(Alemania)

Antecedentes de hecho

Primero. Por el Procurador don Manuel en nombre de doña Amparo, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en 14 de julio de 1980 por el Juzgado de Familia de Bergisch-Gladbach (Alemania Federal), acordando el divorcio de la solicitante y don Willi.

Segundo. Llevada a efecto la citación de don Willi, mediante Comisión Rogatoria librada a las Autoridades Judiciales de Alemania Federal, en el acto de la diligencia manifestó estar conforme con la ejecución de la sentencia en España.

Tercero. Oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que se cumplen las exigencias legales para que pueda acordarse el cumplimiento de la sentencia que solicita doña Amparo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don Antonio Sánchez Jauregui.

Fundamentos de derecho

Primero. De lo actuado en estas diligencias resulta que la solicitante de ejecución de sentencia extranjera doña Amparo, de nacionalidad española, contrajo matrimonio civil ante el funcionario del Registro Civil de San Sebastián con don Willi, de nacionalidad alemana, el día 14 de mayo de 1979, estando inscrito en el Registro Civil dicho al tomo 87, página 308, de la Sección 2.ª, y

que, el 14 de julio de 1980, a instancia del marido y sin oposición de la esposa, el Juzgado Municipal (Amtsgericht) de Bergisch-Gladbach —Juzgado de Familia— (República Federal de Alemania) dictó sentencia decretando el divorcio de los cónyuges referidos, constando la firmeza de la misma, así como que en el momento de la presentación de la demanda de divorcio el marido residía en el lugar de la celebración del juicio.

Segundo. Reuniendo la sentencia ejecutoria cuyo cumplimiento se pretende, todas las circunstancias que señala el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que tenga fuerza en España, no oponiéndose a su efectividad el orden público interno español tras la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley de 7 de julio de 1981, constando que en la República Federal de Alemania se da cumplimiento a las sentencias dictadas por los Tribunales españoles y habida cuenta, además, de lo dispuesto en el número 3 de la Disposición Adicional Primera de la citada Ley de 7 de julio de 1981, ya que por la misma razón que la norma atribuye competencia a los Tribunales españoles cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado, se impone reconocer dicha competencia al Tribunal extranjero cuando el demandante ostente la nacionalidad del Tribunal de origen y resida habitualmente en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado, por lo que procede, al haberse observado en la tramitación del presente expediente todos los requisitos legales y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, otorgar el cumplimiento en España de la meritada sentencia extranjera.

SE OTORGA EL CUMPLIMIENTO en España de la sentencia dictada por el Juzgado Municipal (Amtesgericht) de Bergisch-Gladbach —Juzgado de Familia— (República Federal de Alemania) a que se ha hecho mérito en el primer fundamento de esta resolución, librándose la oportuna Certificación de este Auto a la Audiencia Territorial de Pamplona, a fin de que tenga efecto lo mandado y solicite la interesada, siendo procedente.

TS A 17 de diciembre de 1985 (Alemania)

Hechos

Primero. El Procurador don Adolfo en representación de doña María Luisa, formuló escrito ante esta Sala solicitando la ejecución en España de la Sentencia judicial pronunciada por el Tribunal de Primera instancia de Weilburg A. D. Lann (Alemania Federal) que acordó el divorcio del matrimonio contraído por su representada y don Francisco, el día 27 de enero de 1958, presentando para ello la documentación que estimaba acreditativa de su derecho.

Segundo. Acordada la citación de la parte contra la que se dirige la ejecución y llevada a efecto la misma, transcurrió el plazo concedido sin efectuarse comparecencia ni hacerse manifestación alguna.

Tercero. El Ministerio Fiscal, en trámite legal, ha informado en el sentido favorable a la ejecución solicitada, pasando a continuación los autos al Magistrado Ponente para la resolución procedente.

Siendo Ponente el Excmo. señor don Antonio Sánchez Jáuregui.

Razonamientos jurídicos

Primero. De lo actuado en estas diligencias resulta que la solicitante de ejecución de sentencia extranjera doña María Luisa, de nacionalidad española, contrajo matrimonio canónico e nla ciudad de Tánger con don Francisco, también de nacionalidad española, el día 27 de enero de 1958, figurando inscrito dicho matrimonio en el Registro Civil del Consulado General de España en Tánger, bajo el número 61 al Libro 35 Folio 31, y que, el día 26 de abril de 1983, a instancia de la esposa y sin oposición del marido, el Tribunal de Primera Instancia (Amtsgericht) de Weilburg A. D. Lann (República Federal Alemania), dictó sentencia decretando el divorcio de los cónyuges referidos, constando la firmeza de la misma, así como que en el momento de la presentación de la demanda de divorcio ambos esposos residían en Alemania y llevaban separados de hecho más de diez años.

Segundo. Reuniendo la sentencia ejecutoria cuyo cumplimiento se pretende, todas las circunstancias que señala el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que tenga fuerza en España, no oponiéndose a su efectividad el orden público interno español tras la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley de 7 de julio de 1981, constando que en la República Federal de Alemania se da cumplimiento a las sentencias dictadas por los Tribunales españoles y habida cuenta, además, de lo dispuesto en el núm. 2.º de la disposición adicional Primera de la citada Ley de 7 de julio de 1981, ya que por la misma razón que la norma atribuye competencia a los Tribunales españoles cuando ambos cónyuges sean residentes en España, se impone reconocer dicha competencia al Tribunal extranjero cuando los dos esposos residan en el país de origen de la ejecutoria, por lo que procede, al haberse observado en la tramitación del presente expediente todos los requisitos legales y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, otorgar el cumplimiento en España de la meditada sentencia extranjera.

La Sala acuerda: SE OTORGA EL CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia (Amtsgericht) de Weilburg A. D. Lann (República Federal de Alemania), a que se ha hecho mérito en el primer fundamento de esta resolución, librándose la oportuna Certificación de éste Auto a la Audiencia Territorial de Madrid, a fin de que tenga efecto lo mandado y solicite el interesado, siendo procedente.

La lectura de ésta y otras resoluciones anteriores exactamente del mismo tenor demuestra como el Tribunal Supremo, en el caso concreto de la República Federal de Alemania, acepta el sistema de reciprocidad, *entendida como reciprocidad legislativa y con un criterio sumamente generoso en cuanto a su justificación. Sería deseable que el mismo* standard *se utilizase respecto de otros países, apelando incluso a la* notoriedad *o* conocimiento propio *de la Sala para justificar el régimen de reciprocidad.*

TS A 25 de enero de 1986 (Alemania)

Antecedentes de hecho

Primero. La Procuradora doña María Isabel en nombre y representación de doña María del Carmen,

promovió ante esta Sala primera de lo Civil del Tribunal Supremo expediente de ejecución de la sentencia de divorcio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Bonn de fecha siete de febrero de 1984, que fue declarada firme, declaraba disuelto el matrimonio contraído por la hoy solicitante y don Detlef el primero de setiembre de 1967. Emplazada la parte contraria contra quien se dirige la ejecución, para que compareciera ante esta Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo para que compareciere en el plazo de treinta días para hacer uso de su derecho en el presente *exequatur* fue librada la correspondiente comisión rogatoria, la que fue remitida debidamente cumplimentada, y sin que haya comparecido ante esta Sala con Procurador que le represente a don Detlef, por lo que se pasan los autos al Ministerio Fiscal por término de nueve días para ser oído, el cual emitió dictamen en el sentido considerar que procedía acceder al *exequatur* pasando por último los autos al Excelentísimo señor Magistrado Ponente para que sometiere a la Sala la resolución que proceda.

Siendo ponente el excmo. señor Magistrado don Jaime de Castro García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. No concertado hasta la fecha Tratado entre España y la República Federal de Alemania para el reconocimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas en el otro Estado e inaplicable, por lo tanto, el régimen convencional que como criterio preferente establece el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamien Civil, opera en el caso presente el sistema de reciprocidad a que se refiere el artículo 952; por lo que debe ser estimada la petición de *exequatur* formulada respecto a la sentencia pronunciada por el Juzgado de primera Instancia de Bonn con fecha 7 de febrero de 1984, acordando el divorcio entre la solicitante doña María del Carmen, de nacionalidad española, y don Detlef, súbdito alemán, pues dada la diversidad en ese vínculo jurídico-político de los esposos, residentes a la sazón en Alemania donde celebraron el matrimonio, el Juez foráneo al aplicar la legislación de su país no contravino el artículo 107 del Código Civil español y ha resuelto sobre materia que no se halla en pugna con el orden público interno patrio (artículo 12, párrafo 3, del mismo Cuerpo Legal), por lo que tratándose de resolución revestida de firmeza debe prosperar, según dictamina el Ministerio Fiscal, la pretensión deducida por la esposa para dar la debida constancia registral a la extinción del consorcio, ya que la documentación aportada reúne las formalidades legales.

LA SALA ACUERDA dar cumplimiento en España a la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Bonn el 7 de febrero de 1984 , acordando el divorcio de los cónyuges doña María del Carmen y don Detlef.

TS (Sala 1.ª A 27 de enero de 1986 (Alemania)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador don Juan en nombre y representación de doña Olga, solicitó a esta Sala Primera, de lo Civil del Tribunal Supremo la ejecución en España de la sentencia firme de divorcio dictada por el Tribunal Familiar del Juzgado local de Sinsheim (Alemania) en fecha 13 de abril de 1984, por la que se declaraba el divorcio de la hoy solicitante y de don Udo. Siendo desconocido el domicilio de don Udo fue emplazado por medio de edictos que se publicaron en el Tablón de Anuncios de este Tribunal Supremo y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, a fin de que compareciera en el plazo de treinta días, para hacer uso de sus derechos, habiendo transcurrido el plazo concedido sin que se haya personado en su nombre Procurador alguno, unido el Edicto y el Boletín de la Cmunidad de Madrid a los autos, se pasaron los mismos al Ministerio Fiscal para ser oído por término de nueve días, el cual emitió dictamen en el sentido de considerar que procedía acceder al *exequatur* interesado y una vez unido el dictamen a los autos se pasaron al Excmo. señor Magistrado Ponente para que sometiese al Tribunal la Resolución que procediese

Siendo Ponente el Excmo. señor Magistrado don Jaime de Castro García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. No concertado hasta la fecha Tratado entre España y la República Federal de Alemania para el reconocimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas en el otro Estado e inaplicable, por lo tanto, el régimen convencional que como criterio preferente establece el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, opera en el caso presente el sistema de reciprocidad a la que se refiere el artículo 952; por lo que debe ser estimada la petición de *exequatur* formulada respecto a la sentencia pronunciada por el Juzgado Local de Sinsheim con fecha trece de abril de 1984, acordando el divorcio entre la solicitante doña Olga, de nacionalidad española, y don Udo, súbdito alemán, pues dada la diversidad en ese vínculo jurídico-político de los esposos, residentes a la sazón en Alemania donde celebraron el matrimonio, el Juez foráneo al aplicar la legislación de su país no contravino el artículo 107 del Código Civil español y ha resuelto sobre materia que no se halla en pugna en el orden público interno patrio (artículo 12, párrafo 3, del mismo Cuerpo Legal), por lo que tratándose de resolución revestida de firmeza debe prosperar, según dictamina el Ministerio Fiscal, la pretensión deducida por la esposa para dar la debida constancia registral a la extinción del consorcio, ya que la documentación aportada reúne las formalidades legales.

LA SALA ACUERDA dar cumplimiento en España de la sentencia pronunciada por el Tribunal Familiar del Juzgado Local de Sinsheim, el 13 de abril de 1984, acordando el divorcio de los cónyuges doña Olga y don Udo.

TS A 7 de abril de 1986 (Alemania)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador don Argimiro, en nombre de doña María Rosa se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en quince de diciembre de mil novecientos ochenta y uno por el Juzgado Local de Wiesbaden (Alemania Federal), acordando el divorcio de la solicitante y don Gerard.

Segundo. Oído el Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el ar-

tículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido que expresaba e interesando la aportación de documentos, que fue cumplimentado por la parte solicitante del *exequatur*.

Ha sido Ponente el magistrado Excelentísimo señor don Rafael Pérez Gimeno.

Fundamentos de derecho

Primero. En el escrito inicial de las presentes actuaciones se solicita la ejecución en España de la sentencia de divorcio del matrimonio de la solicitante doña María Rosa con don Gerd, celebrado, ante el Encargado del Registro Civil de Ingelheim (República Federal de Alemania), el siete de julio de mil novecientos sesenta y dos, el órgano de nacionalidad alemana y la esposa española, sentencia de divorcio dictada por el Juzgado Local de Wiesbaden (Alemania) el quince de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, que adquirió firmeza el nueve de febrero de mil novecientos ochenta y dos, en procedimiento instado por el marido y a cuya pretensión presta su conformidad la esposa; petición de *exequatur* al que debe accederse dado que concurren todos los requisitos exigidos por nuestra legislación, se han cumplido las formalidades prevenidas en el artículo 954 de la Ley procesal y no existen razones de orden público que se opongan a su efectividad.

LA SALA ACUERDA dar cumplimiento a la sentencia dictada el quince de diciembre de mil novecientos ochenta y uno por el Juzgado Local de Wiesbaden (República Federal de Alemania) por la que se declaró disuelto por divorcio el matrimonio de la solicitante doña María Rosa con don Gerd, celebrado el siete de julio de mil novecientos sesenta y dos ante el Encargado del Registro Civil de Ingelheim.

TS A 16 de abril de 1986 (Alemania)

Antecedentes de hecho

Primero. El Procurador don Argimiro en nombre de don Pablo interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal Regional (Landgericht) de Hamburgo (Alemania Federal) en veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos, acordando el divorcio del solicitante y doña Erika, de soltera L., actualmente R.

Segundo. Acordada la citación de doña Erika, se llevó a efecto mediante edictos publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, transcurriendo el término concedido sin que compareciera en autos para ser oída.

Tercero. Oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder a la ejecución solicitada por cumplirse las exigencias legales.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. señor don José Luis Albacar López.

Fundamentos de derecho

Primero. Habiéndose solicitado por don Pablo el reconocimiento en España de la sentencia firme pronunciada por el Tribunal Regional de Hamburgo, República Federal de Alemania, el veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos, por la que se acordaba el divorcio de matrimonio contraído por el solicitante con doña Erika, y concurriendo los requisitos que exige el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, toda vez que en ella se reconoce una acción personal, no ha sido dictada en rebeldía, la obligación para cuyo cumplimiento se ha procedido es lícita hoy en España, se trata de una resolución firme, y, finalmente, no consta que en el país de que procede, no se dé cumplimiento a las resoluciones emanadas de Tribunales españoles, es procedente de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, acceder al reconocimiento solicitado.

HA LUGAR a la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal Regional de Hamburgo (Alemania Federal), el veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos, acordando el divorcio de don Pablo y doña Erika, de soltera L., actualmente R.; y para que pueda tener lugar lo acordado líbrese el oportuno exhorto a la Audiencia Territorial de Barcelona, para que a su vez ordene su inscripción en el Registro Civil de Esplugas de Francolí (Tarragona).

Una vez más, respecto de la República Federal de Alemania, el Tribunal Supremo se conforma con un generoso régimen de reciprocidad, que no profundiza en mayores averiguaciones: No consta que no exista reciprocidad. ¿Por qué limitar la observación a un solo país?

TS A 24 de febrero de 1986 (Bélgica)

Antecedentes de hecho

Primero. Por el Procurador don Luis en nombre de don Antonio, solicitó la ejecución en España de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia de Amberes (Bélgica) con fecha treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y tres, acordando el divorcio del solicitante y doña Mariana.

Segundo. Acordada la citación de doña Mariana contra quien se dirigía la ejecutoria, se libró Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de Bélgica que fue cumplimentada, transcurriendo el término concedido sin comparecer en autos.

Tercero. Oído el Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder al *exequatur* interesado por reunir todos los requisitos prevenidos en el artículo 954 y siguientes de la referida Ley.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba.

Fundamentos de derecho

Primero. Solicitado por don Antonio el cumplimiento en España de la sentencia de divorcio dictada en Amberes (Bélgica) visto que se trata de sentencia firme de matrimonio de españoles residentes en Bélgica celebrado en este país, pero inscrito en el Registro Consular español, así como que la repetida sentencia no se ha promovido en rebeldía y que por el Tribunal belga se tuvo en cuenta la legislación española, reuniendo según la documentación presentada todos los requisitos del artículo 954 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose oído al Ministerio Fiscal.

LA SALA ACUERDA: Acceder al cumplimiento en España de la sen-

tencia de divorcio dictada el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y tres por la Sala Segunda del Juzgado de Primera Instancia de Amberes (Bélgica) respecto del matrimonio de don Antonio y doña Mariana contraído en la propia ciudad de Amberes el veintiocho de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho e inscrito en el correspondiente Registro Consular de España. Y para que tenga lugar lo acordado expídase la oportuna certificación donde se interese por la parte.

TS A 11 de julio de 1985 (Canadá)

RESULTANDO: Que por el Procurador don Federico en nombre de don Ramón, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Honorable señor Juez Fonchus de la ciudad de Cornuall (Canadá) firmada por la Vicerregistradora Local de la Suprema Corte de Ontario, Cornuall, en dos de mayo de mil novecientos setenta y tres, acordando el divorcio del solicitante y doña Manuela; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos que citaba.

RESULTANDO: Que acordada la citación de doña Manuela para su comparecencia en autos al objeto de ser oída, se llevó a efecto personalmente con la misma, dejando transcurrir el término conferido sin que compareciera, acordándose proseguir en el conocimiento de los mismos sin su intervención.

RESULTANDO: Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que se aportasen los documentos debidamente legalizados y apostillados, lo que se llevó a efecto por la parte.

Siendo Ponente el Excmo. señor Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández.

CONSIDERANDO: Que por sentencia dictada el dos de mayo de mil novecientos setenta y tres en la Corte Suprema de Ontario (Canadá), se decretó el divorcio de don Ramón y doña Manuela, que en referida resolución aparecen como Ramón, actor y Manuela, demandada, cumpliéndose los requisitos establecidos en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto aplicable al presente supuesto dado que no existe tratado con Canadá, ni aparece acreditado que en referido país se da o no cumplimiento a las sentencias dictadas por los tribunales españoles, siendo dicha resolución firme.

LA SALA ACUERDA: ha lugar el cumplimiento en España de la sentencia dictada el dos de mayo de mil novecientos setenta y tres por la Corte Suprema de Ontario (Canadá), declarando el divorcio de don Ramón y doña Manuela y comuníquese a la Audiencia Territorial de esta Capital para que a su vez ordene la anotación pertinente en el Registro Civil Central.

TS A 5 de octubre de 1985 (Canadá)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por el Procurador don Luciano en nombre de don Juan, se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por la Corte Superior, Cámara de Familia de Canadá, en 9 de noviembre de 1978, acordando el divorcio del solicitante y doña María.

Segundo. Que acordada la citación y emplazamiento de doña María, contra quien se dirigía el procedimiento, se llevó a efecto por medio de edictos, al ser desconocido, sin que compareciera en los autos para

ser oída, por lo que, se acordó proseguir en el conocimiento de los mismos sin su intervención.

Tercero. Que oído el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que procedía acceder al *exequatur* interesado porque a falta de Tratado con Canadá y no constando que en dicho se denieguen la ejecución de las sentencias de los tribunales españoles, concurran todos los requisitos exigidos por el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido Ponente el Magistrado Excelentísimo señor don José María Gómez de la Bárcena y López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente solicitud de ejecución de sentencia postulada por el Procurador señor Luciano en la representación acreditada de don Juan, de nacionalidad actual canadiense, referida a la pronunciada por la Corte Superior Cámara de Familia, Divorcios de Quebec, Canadá, en 19 de abril de 1979, en proceso de divorcio, que se declara irrevocable y está referido al matrimonio contraído en Sevilla, en 9 de marzo de 1957, entre el dicho solicitante y doña María, de nacionalidad española, proceso en el que la misma fue parte, cumple todos los requisitos exigidos por los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que se trata del ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía, ni contraviene el orden jurídico español, visto el artículo 107 del Código Civil, estando revestida de la debida autenticidad, habiendo adquirido firmeza y no constando que en el referido país se deniegue la ejecución de sentencias de los Tribunales españoles, procede acordar el cumplimiento en España en la forma y términos en que se pide, con los pronunciamientos contenidos en el artículo 958 de la Ley Procesal.

HA LUGAR a la ejecución que en España de la sentencia dictada por la Corte Superior Cámara de Familia, Divorcios de Quebec (Canadá), interesada por don Juan y a que las presentes actuaciones se refiere; y líbrese el oportuno despacho al Registro Civil que se exprese por la parte solicitante.

TS A 23 de septiembre de 1985 (Francia)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por el Procurador don Víctor en nombre y representación de don Roger, se interesó la ejecución en España de la sentencia firme de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Bayona (Francia) el diez de agosto de mil novecientos ochenta y dos, disolviendo el matrimonio del solicitante y doña Carolina, acompañando con su escrito el poder acreditativo de su representación y documentos que citaba.

Segundo. Que acordada la citación de doña Carolina contra quien se dirige el procedimiento, compareció en su nombre el Procurador don Manuel, quien se opusó a la solicitud de *exequatur* en base a cuantas consideraciones exponía y que aquí se dan por reproducidas en honor a la brevedad.

Tercero. Que oído el Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, emitió dictamen en el sentido de que se aportara certificación del matrimonio así como testimonio

autorizado de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número veinticuatro de los de esta Capital, lo que fue llevado a efecto por la parte y oído nuevamente el Ministerio Público se opuso a la solicitud de *exequatur* interesada en base a cuantas fundamentaciones exponía y que se dan por reproducidas.

Siendo Ponente el Excmo señor Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez.

Fundamentos jurídicos

Primero. Evidenciándose de los términos de la propia sentencia cuya ejecución se interesa en España, dictada el diez de agosto de mil novecientos ochenta y dos por el Tribunal de Primera Instancia de Bayona (Francia) declarando el divorcio con relación al matrimonio civil contraído entre don Roger y doña Carolina el doce de agosto de mil novecientos setenta y dos, inscrita en el Registro Civil de la Villa de San Juan de Luz, que al tiempo de la presentación de la demanda en solicitud de dicho divorcio tenía su domicilio en España, y no en Francia, unido a que la precitada doña Carolina, contra la que fue dirigida tal solicitud no ha formulado oposición al fondo del litigio, así como no se haya aportado por el solicitante de la ejecución en España de aquella resolución copia auténtica de su citación, ni por tanto de su recepción en tiempo útil para intervenir en el juicio de divorcio en cuestión en que se dictó la expresada sentencia en su rebeldía, sin sometimiento expresamente a la competencia del precitado Tribunal del Estado de origen, se está en el caso de denegar el cumplimiento en Espada de esa resolución, con devolución de la ejecutoria al que la presentó, de conformidad con lo prevenido en el párrafo primero del artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo prevenido por el Convenio de veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, ratificado por España mediante Instrumento de quince de enero de mil novecientos setenta, sobre Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, con entrada en vigor el veintinueve de marzo de mil novecientos setenta, y de conformidad con lo establecido en sus artículos 3, apartado 1.º, 4, apartados 1.º y 3.º, 7.º, apartados 1.º, 5.º y 6.º, 9, 11, 17, apartado 3.º y 22, toda vez que, según el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros su regulación viene determinada, con primicia, por lo dispuesto en los correspondientes Tratados y Convenios, como consecuencia de la aplicación la normativa sancionada en los artículos 93, 84, 95 y 96 de la Constitución Española, determinantes de la eficacia en España de lo convenido en Tratados o Convenios que válidamente celebrados forman parte del ordenamiento interno.

Parte dispositiva

Se deniega el cumplimiento en España de la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Bayona (Francia) en diez de agosto de mil novecientos ochenta y dos, que declaró el divorcio con relación al matrimonio civil contraído entre don Roger y doña Carolina el doce de agosto de mil novecientos setenta y dos, inscrito en el Registro Civil de la Villa de San Juan de Luz, a que se contrae las actuaciones de que se trata; y devuélvase la ejecutoria al que la ha presentado; y publíquese esta resolución en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias.

La conducción del proceso de divorcio fue evidentemente alegre. El Tribunal no hace más que aplicar correctamente el Convenio con Francia, ante la infracción manifiesta de los derechos de defensa de la demandada.

5. DIVORCIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

AT Baleares S 9 de diciembre de 1985

Fundamentos de derecho

Primero. La sentencia recaída, que rechaza las excepciones procesales formuladas, estima la demanda y la reconvención deducidas y decreta la separación matrimonial de los litigantes por causa de infracción recíproca de los deberes conyugales y fija una pensión compensatoria a favor de la esposa de 15.000 ptas. mensuales revisables anualmente, es apelada por ambas partes; por la demandada, directamente, por no haber prosperado ninguna de las excepciones ni la oposición al fondo de la cuestión litigiosa formuladas en su escrito de contestación a la demanda instauradora de esta litis, y por la parte actora, por vía de adhesión, por considerar muy exigua la pensión compensatoria fijada y por no haberse señalado cantidad alguna por el concepto de alimentos a satisfacer por el esposo a la esposa.

Segundo. La apelación, ya se configure como un nuevo juicio, ya se conciba como una revisión del proceso anterior, orientada a depurar los resultados del mismo, es en todos los casos, un recurso ordinario que no limita los poderes del órgano jurisdiccional que de él conoce, en relación con los del Juez de primera instancia y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de septiembre de 1955 y 4 de julio de 1981, entre otras.

Tercero. Son hechos reconocidos o probados, fundamentales para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: *a*) el demandado en este proceso, don Jerónimo, contrajo matrimonio canónico en Sevilla el 18 de diciembre de 1963 con doña Rosa, como se acredita por las certificaciones de inscripción de dicho matrimonio del Registro Civil, obrantes a los folos 28 y 172; *b*) dicho matrimonio fue declarado disuelto por divorcio, el 12 de enero de 1973, por Sentencia del Tribunal de Peterborough, Ontario, Canadá, lugar de residencia de los cónyuges (fols. 313/317); *c*) don Jerónimo y doña María, ambos de nacionalidad española y hoy partes litigantes en este proceso de separación, contrajeron matrimonio el 19 de diciembre de 1980 ante el Juez de Paz de dicha ciudad canadiense (fols. 5/8); *d*) don Jerónimo, presentó el 3 de enero de 1983 ante el Tribunal Supremo de Ontario (Canadá) demanda de divorcio contra doña María que fue admitida a trámite y de la que desistió (fols. 40/58) y *e*) doña María dedujo demanda de separación matrimonial el 1 de febrero de 1983 ante el Juzgado de Familia de esta ciudad, demanda iniciadora de este proceso en el que recayó la sentencia que es objeto del presente recurso.

Cuarto. Como cuestión previa, procede examinar, a la vista de dichos antecedentes fácticos, la eficacia, aquí en España, de un matrimonio celebrado en diciembre de 1980 en Canadá, por dos españoles, el marido divorciado en dicho país, de un matrimonio canónico celebrado en España, y ella, de estado soltera. Cuestión ésta de orden público que surge no por razón del lugar o forma de celebración del matrimonio, ya que el párrafo último del artículo 49 del Código Civil proclama que cualquier español puede contraer fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración, ni por falta de inscripción del nuevo matrimonio en el Registro Civil español, como sustenta la Dirección Letrada del marido —cuestión de prueba—, sino por la circunstancia de ser don Jerónimo divorcado y no admtr la legslacón española en aquella época —año 1980—, el divorcio vincular, problema pues de capacidad legal.

Quinto. El artículo 9.1 del citado Código, declara que «la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte», y el ordinal segundo del artículo 46 del mismo Cuerpo legal preceptúa que no pueden contraer matrimonio, los que estén ligados por vínculo matrimonial. Aleccionador es el Auto del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 1982 que denegó el *exequatur* pretendido para sentencia de divorcio pronunciada con arreglo a la «Lex loci» en cuanto a consortes de la nacionalidad española y que habían contraído matrimonio en España, entre otras razones, por cuanto la sumisión de los españoles a un Tribunal extranjero que aplica su propia Ley para disolver el matrimonio, si ya en un principio no aparece acomodada a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales patrios en cuestiones de derecho de familia, tradicionalmente afirmada con base en los derogados artículos 9, 11 —párrafo 3.º— y 12 del Código Civil y el espíritu que informa el artículo 51 de la Ley Procesal, máxime si no es aplicada la legislación personal de los cónyuges, resultará desacorde con las reglas de conflicto contenidas en los actuales artículos 9 —párrafo 1.º—, 12 párrafo 1.º, y 107, puestos en relación con la disposición adicional 1.ª, núm. 1.º, de la Ley de 7 de julio de 1981, que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española. Es por ello por lo que se aprecia que don Jerónimo, cuyo matrimonio canónico celebrado en España fue declarado resuelto en el año 1973 por divorcio dictado por un Tribunal extranjero, conforme a la legislación del país de dicho Tribunal, prescindiendo de la española que por entonces no admitía el divorcio vincular, carecía en el año 1980 de capacidad para contraer matrimonio, según la legislación patria, y por ello no se puede reconocer en esta litis, eficacia al matrimonio —celebrado en 1980— cuya separación se insta en este juicio; sin que contra ello puede aducirse que tal incapacidad quedó inoperante o subsanada y eficaz el matrimonio por el hecho de que en el Registro Civil Central se haya anotado el nuevo matrimonio, ya que según el artículo 38 de la Ley de Registro Civil, las anotaciones tienen valor simplemente informativo y en ningún caso constituyen la prueba que proporciona la inscripción.

La argumentación de esta sentencia pudo en algún tiempo pasado ser formalmente correcta. Pero mucho me temo que una recepción normal de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de exequatur *debería conducir a un resultado diferente. Mucho más si se mira el tema desde el punto de vista de los intereses de los protagonistas, conformes con la disolución del vínculo. Un atisbo inteligente se contiene en la última línea de los argumentos jurídicos. Lástima que de* iure condito *las cosas sean de otra manera. O si no que se lo pregunten a los quieren obtener sus papeles para casarse.*

6. DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA: CONTRAVALOR EN PESETAS

TS (Sala 1.ª) S 26 de diciembre de 1985

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La parte demandada, y aquí recurrente, tiene admitido que, en 13 de febrero de 1979, y para dar salida a la situación producida por la falta de pago puntual de las obligaciones que había asumido en 30 de junio y 1 de julio de 1977, todo en los términos de los documentos de esas fechas que constituyen los folios 116, 117 y 125 del juicio de que el presente recurso dimana, que tiene expresamente reconocidos, obligaciones las de 1977 que eran, a su vez, reflejo del saldo en su contra de las relaciones mantenidas durante años entre dicha parte demandada y la sociedad alemana de que trae causa la aquí demandante y recurrida, que —se repite— en 13 de febrero de 1979, aunque en insegregable relación con lo pactado en 1977, de matiz transaccional («durante las discusiones se consiguió el siguiente acuerdo»), quedó en deber a la demandante-recurrida 100.000 marcos, que había de pagar hasta el 31 de marzo de 1979; otros 100.000 que había de pagar hasta el 31 de julio siguiente, y otros 100.000, hasta el 31 de diciembre de 1979; añadiéndose que «el saldo restante en dicha fecha, incluido (sic) los intereses, será pagado antes del 30 de junio de 1980». De cuyas cantidades nada había pagado el día en que fue presentada la demanda originaria del juicio.

Segundo. Que, contra, la sentencia de la Audiencia, confirmatoria de la del Juzgado, que, estimando la demanda le condenó a pagar la deuda, se alza el primero de los motivos del recurso que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del artículo 1.170 del Código Civil, consistente en la fijación del cambio oficial que ha de regir la conversión de los marcos a pesetas; cambio que la sentencia refiere al día en que el pago tenga efecto al disponer que «para la computación de la deuda ha de atenderse a la cotización del marco el día en que se proceda efectivamente a su pago en pesetas», según así se expresa en el cuarto de los considerandos a que se refiere el fallo de la sentencia del Juzgado aceptada por la Audiencia, mientras que, según la parte demandada y recurrente, la conversión y el pago efectivo deben regirse (y tal es la tesis y el contenido de este pri-

mer motivo) por el cambio vigente «cuando la demanda se plantea» (en cuyo momento era el de 40'87).

Tercero. Que, no planteándose la cuestión desde el aspecto de la congruencia o incongruencia entre lo pedido en la demanda que constantemente se refiere a la equivalencia en el momento en que se formula (en su fecha del 18 de julio de 1980) y lo resuelto en el fallo, sino atendiendo a la procedencia de lo pronunciado sobre el cambio que ha de regir la conversión de marcos a pesetas y el pago subsiguiente, ha de atenderse a lo que dispone el primero de los párrafos del artículo 1.170 del Código Civil, a tenor del cual las deudas de dinero deberán pagarse en la especie pactada, en el caso, marcos alemanes, siquiera, aceptándose por la entidad acreedora la imposibilidad de pagar en tal especie y haber de hacerse el pago en la moneda española, en definitiva deba tener lugar en pesetas; advirtiéndose a este respecto de la conversión de marcos en pesetas que éstas sustituyen a aquéllos y por lo tanto, a fin de que el acreedor reciba a través del pago el contenido íntegro de la obligación conforme a los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, que consagran el principio del pago total y de la imposibilidad de sustituir o alterar la prestación convenida, es acertado el criterio del juzgador de instancia de fijar «la cotización del marco el día en que se proceda efectivamente a su pago en pesetas» como la determinante de la conversión; solución preferible a la de atender al cambio del día del emplazamiento del demandado patrocinada de algún modo por la sentencia de 3 de julio de 1936 y utilizada por la segunda sentencia de 23 de diciembre de 1954, si bien las de 3 de octubre y 9 de noviembre de 1957 optan ya por el del día del pago, que es el más apropiado al caso que se enjuicia en que la renuencia al pago no ha de proporcionar ventaja alguna al deudor.

COMISIONES ROGATORIAS

NUEVAS ORIENTACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL NORTEAMERICANA*

Prof. Dr. JOACHIM HERRMANN
Augsburgo (R.F.A.)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

Las noticias que periódicamente nos llegan de la Administración de justicia penal norteamericana contienen a veces grandes dosis de extrañezas y peculiaridades. Delincuentes que, por ejemplo, son condenados a penas privativas de libertad de más de 50 años, o que, en 1977 en Salt Lake City —capital del estado de Utah y fuertemente influenciada por las creencias religiosas de los mormones—, un piquete de ejecución integrado por cinco voluntarios llevase a cabo la ejecución de una pena capital. Los delitos realizados con el uso de violencia, la delincuencia juvenil y la criminalidad por causa de las drogas

* Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (Universidad de Sevilla). El presente artículo fue publicado en la revista JURISTENZEITUNG 13-1985.

han alcanzado tal magnitud en las grandes ciudades que hacen que los ciudadanos en las calles e incluso en sus viviendas no se sientan seguros. Igualmente, que los Tribunales norteamericanos justifiquen tanto la prohibición de determinados medios probatorios como la utilización de sus resultados porque han sido obtenidos por la policía de forma inadmisible; o que Fiscales y Defensores traten en muchos casos, a veces con el concurso del Juez, de qué hechos debe reconocerse culpable el inculpado y qué pena máxima le debe ser impuesta.

Noticias de esta clase no se entienden fácilmente a primera vista. Las diferencias entre los Estados Unidos y la República Federal de Alemania son demasiado grandes respecto al Derecho penal, al Derecho Procesal penal e incluso en el propio pensamiento jurídico. Sin embargo, esto no debería inducirnos a pensar que la Administración de justicia penal norteamericana persiga fines distintos de la alemana, como el procurar lo que se determine legalmente como justo, limitar jurídicamente al poder estatal en la lucha contra la criminalidad y asegurar y proteger la libertad de las personas.

Prescindiendo de esto, hay que destacar que algunos aspectos en la Administración de justicia penal alemana podrían también producir una extrañeza notable a un observador norteamericano. Pensemos en el enorme incremento de los tipos penales y en su interpretación teleológica. Los Tribunales norteamericanos, en general, vacilan en ampliar la interpretación literal de la norma penal, pues entienden que no aparece justificable imponer una pena cuya punibilidad no sea reconocible por el ciudadano de la misma norma.[1] Del mismo modo, la división de funciones en el juicio oral alemán con la unión de las actividades investigadoras y decisorias del Juez, difícilmente podría parecerle obvio a un observador norteamericano.

II. Líneas generales de evolución en la Administración de justicia penal norteamericana y sus factores predominantes

Antes de exponer con exactitud las más importantes reformas en la Administración de justicia penal norteamericana, es conveniente echar una ojeada a sus líneas generales de evolución, de las que son consecuencia las reformas, y también señalar tres factores que han influido de modo determinante en dicho desarrollo.

1. *Vid.*, Lafave-Scott: *Handbook on Criminal Law*, 1972, pp. 72 y ss. *National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, A proposed New Federal Criminal Code*, 1971, parág. 102: «...the provisions of this Code are intended, and shall be construed..., to give fair warning of what is prohibited...». *Vid.*, también Weigend Zstw 90 (1978), pp. 1083, 1098; Courakis Ga 1981, pp. 533, 537.

1. *La diferente evolución en la Administración de justicia penal en cada estado norteamericano y en el plano federal*

El componente federal predomina de forma mucho más fuerte en la justicia penal norteamericana que en la nuestra, pues allí cada estado tiene no sólo su propio sistema de justicia, sino también su propio derecho penal y derecho procesal penal. Hay por tanto en los Estados Unidos cincuenta códigos de derecho penal y de derecho procesal penal que constituyen ciertamente un fundamento común del *Common Law* y también reflejan las convicciones políticas y sociales del pueblo norteamericano al igual que sus manifiestas diferencias. Por ejemplo, durante los últimos veinticinco años en la mayoría de los estados se han promulgado nuevos Códigos de Derecho penal,[2] pero un Estado tan importante y tan avanzado en su política criminal como California ha conservado hasta ahora su código de derecho penal de 1873.

También hay diferencias en casos concretos. Así, la punibilidad de la homosexualidad entre adultos ha sido despenalizada en algunos estados, lo que no difiere mucho de nuestra evidente liberalización en Alemania en materia sexual.[3] La mayoría de los estados conservan sin embargo, como consecuencia de una moral tradicional puritana, la punibilidad de toda forma de homosexualidad.

Igualmente se valoran de forma muy diferente la posesión y el consumo de marihuana, la droga de mayor consumo por los jóvenes en los Estados Unidos. En líneas generales, se reputan ambas punibles, pero desde mediados de los años setenta en algunos estados se ha clasificado la posesión y el consumo de pequeñas cantidades de esa droga como una especie de contravención administrativa.[4] En Michigan y Florida, donde existen leyes que sancionan con penas la posesión de pequeñas cantidades de marihuana, aquellas leyes han sido declaradas por los Tribunales como contrarias a la Constitución.[5]

Junto al derecho propio de cada estado existe el Federal, que también tiene su propio derecho penal y derecho procesal penal, aunque sólo sea aplicable cuando afectan a intereses federales. Esto conduce a que en la práctica el derecho penal federal cede ante el propio de

2. Weigend (nota 1) p. 1102.
3. Perkins-Boyce: *Criminal Law*, 3.ª ed. 1982, p. 468.
4. Charen-Colangelo: *Criminal Law*, 1976, Survey of American Law, pp. 313, 343 y ss.
5. Williams: *Annotation: Constitutionality of State Legislation Imposing Criminal Penalties for Personal Possesion or Use of Marijuana*, 96 ALR 3 d 225 (1979). El Tribunal de Florida basó su resolución con la interesante indicación de que sería inconstitucional la posesión de Marihuana, pero no la de Alcohol y Nicotina, ambas igualmente drogas más peligrosas para tipificarlas con penas.

cada estado. Por otro lado, sin embargo, no hay que ocultar que en los últimos tiempos y desde un plano constitucional se ha originado un importante movimiento que ha incidido persistentemente en la Administración de justicia penal de cada estado. Desde los años sesenta los Presidentes norteamericanos han influido decisivamente en la política criminal de su país, y contemporáneamente el Tribunal Supremo norteamericano ha renovado, de forma fundamental con sus resoluciones, el proceso penal.

2. *El profundo y manifiesto cambio de la política criminal norteamericana*

Durante los años sesenta dominaban todavía ampliamente en la política interior norteamericana las ideas del *New Deal*; la ayuda estatal se dirigía a los menesterosos sociales y a la supresión de las barreras sociales. El Presidente Johnson lanzó una «guerra contra la pobreza» que tenía como objetivos una asistencia médica para pensionistas y beneficiarios de la seguridad social; un saneamiento de los barrios pobres de las grandes ciudades; medidas para la erradicación de las discriminaciones raciales y además un extenso programa de política criminal. El objetivo de este programa de política criminal, apoyado con gran optimismo, era constatar la irremediable relación entre pobreza y criminalidad; fomentar las posibilidades de resocialización durante el cumplimiento de la pena y hacer retroceder la criminalidad juvenil en las grandes ciudades mediante un mejoramiento de las escuelas e impartición de diversos tipos de instrucción profesional.[6]

Cuando Johnson fue sustituido por Nixon en 1968, se produjo un profundo y manifiesto cambio en la política interior y también en importantes cuestiones de la política criminal. El que se produjesen estos cambios en el curso de la política criminal de forma tan rápida y radical son típicos de la movilidad espiritual de la sociedad norteamericana. El restablecimiento del «*law and order*» se convirtió en uno de los más importantes temas de la política criminal norteamericana y la guerra contra la pobreza se tradujo en una lucha contra la criminalidad.[7] La nueva política criminal se orientó hacia la supresión de la hasta entonces más favorecida idea de la resocialización por las de

6. Véase *Report by the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, The Challenge of Crime in a Free Society*, 1967.

7. ARZT: *Der Ruf nach Recht und Ordnung, Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und Deutschland*, 1976, pp. 102 y ss.; JESCHECK, ZStW 91 (1979) pp. 1037, 1038; HERRMANN, Indian Journal of Criminology 7 (1979), pp. 99, 100 y ss.

retribución e intimidación, como también por un endurecimiento del derecho penal.

Hasta qué extremos se llegó entonces en la elevación de las penas lo demuestra el hecho de que en 1973, en la ciudad de Nueva York, la posesión o venta de una onza —alrededor de 28 gramos— de estupefacientes fuese sancionada con una pena tan increíblemente alta —no sólo desde el punto de vista alemán, sino también para las concepciones norteamericanas— de quince años de privación de libertad (como mínimo).[8] La norma fue saludada públicamente como la más importante contribución para la protección de la sociedad, mas no tuvo ningún efecto en el tráfico de drogas en Nueva York y de nuevo fue atenuada.[9]

3. *La época liberal del Tribunal Supremo*

También el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha guiado en una nueva dirección el desarrollo de la Administración de justicia penal norteamericana. El Tribunal Supremo no sólo es la instancia judicial más alta de la justicia federal norteamericana, sino que también a la vez le corresponde como Tribunal Constitucional el poder examinar si las resoluciones judiciales de cada estado son comprtibles con la Constitución federal.

Desde mediados de los años cincuenta, el Tribunal Supremo ha hecho uso en numerosas ocasiones de este derecho de supervisión. El Tribunal, guiado por la firme mano de su entonces Presidente, el *Chief Justice* Warren, intervino tenazmente en los más diversos asuntos de la vida jurídica y política federal norteamericana y de los estados miembros. Por ejemplo, eliminó la discriminación racial tanto de las escuelas norteamericanas como en otras instituciones públicas y sociales;[10] determinó una nueva división de los distritos electorales para las elecciones federales, estatales y municipales, y con ello se redistribuyó el centro de gravedad político.[11]

Con motivo de estas sentencias reformadoras tuvo la oportunidad igualmente de renovar radicalmente el proceso penal federal y el de los estados miembros. La renovación afectó no a la estructura del proceso penal norteamericano, sino a uno de sus fundamentos jurídi-

8. WEIGEND (nota 1) p. 1107; también ARZT (nota 7), pp. 67 y ss.

9. New York Penal Code Secs. 220.00 ss.

10. Punto de partida fue la resolución Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). Para un desarrollo más extenso véase KOMMERS-GALLAGHER, JÖR, N. F. 25 (1976), pp. 281, 359 y ss.

11. Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962; Reynolds v. Simms, 377 U.S. 533 (1964). Detalladamente KOPP, JÖR, N. F. 28 (1979), p. 615.

cos, especialmente, a la protección del inculpado.[12] Esto lo ilustraremos con dos ejemplos.

El Tribunal Supremo amplió de forma muy considerable el hasta entonces sólo esporádicamente reconocido derecho del acusado a la asistencia de un defensor en el juicio. Hoy ya no puede ser condenado a una pena privativa de libertad quien no haya tenido la posibilidad de designar a un abogado para que lo defienda.[13] El derecho norteamericano va ciertamente más lejos que el alemán, dado que las penas privativas de libertad en los Estados Unidos se imponen mucho más frecuentemente de lo que sucede en Alemania.[14] A petición del propio inculpado debe serle designado un abogado ya en la fase de instrucción, cuando después de la detención es conducido a presencia del juez o cuando le interroga la policía.[15]

Además el Tribunal Supremo ha establecido la obligación de instruir de sus derechos al inculpado en el primer interrogatorio policial, que esencialmente es de mayor alcance que los previstos en los parágrafos 136 I,* y 163a IV * de la StPO.[16] El inculpado debe ser advertido de su derecho a no declarar sobre el hecho que se le imputa y que todo lo que declare puede ser utilizado ante el Tribunal en su contra. Se le debe también comunicar que puede consultar a un abogado en el interrogatorio policial y que, si lo desea, se le provea de un abogado

12. ERDMANN: *Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten*, 1969; HERRMANN: *Verfassungsrecht und Strafjustiz in den Vereinigten Staaten*, en Weltmacht USA, Augsburger Universitätsvorträge, 1977, p. 85.

13. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963); Argensinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972); Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1977).

14. PLAGEMANN: *Die Freiheitstrafe und ihre Surrogate in den USA*, en JESCHECK: *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in deutschen und ausländischen Recht*, 1984, p. 1611; WEIGEND (nota 1), p. 1114.

15. Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

* El Parágrafo 136 I [Primer Interrogatorio] dispone: «Al comienzo del primer interrogatorio se comunicará al inculpado el hecho que se le imputa y las disposiciones penales que sean de aplicación. Se le advertirá que es libre según la Ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa, y siempre, también ya antes de su interrogatorio, de consultar a un defensor por él elegido. Será además instruido de que puede solicitar para su exculpación la práctica de pruebas particulares. En los casos apropiados se deberá advertir también al inculpado que puede declarar por escrito.»

* El parágrafo 163 a IV [Interrogatorio del inculpado] dispone: «En el primer interrogatorio del inculpado por el funcionario de policía se comunicará al inculpado qué hechos le son imputados. En lo restante se aplicarán en el interrogatorio del inculpado por el funcionario de policía el parág. 136, ap. (1), frases 2.ª a 4.ª, ap. (2) y (3) y el parág. 136a.» (*Vid.* GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985.)

16. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

cuando carezca de recursos económicos. En el supuesto de que no haya sido instruido el inculpado de sus derechos legales, su declaración no puede utilizarse en el juicio. La prohibición de dicha utilización ha llevado a que los Tribunales norteamericanos en numerosas resoluciones deban decidir de qué forma y bajo qué presupuestos debe ser efectuada tal instrucción. De esta forma, en los Estados Unidos se han desarrollado detalladas normas para los interrogatorios policiales y para la instrucción de los derechos.[17] La praxis policial que se observa, por ejemplo, en Alemania, con el inculpado en relación a la instrucción de sus derechos exhortándole a una declaración, sería sin duda inadmisible para el derecho norteamericano.

Lo dicho para el interrogatorio es extensible, según el Tribunal Supremo, a la detención provisional, registros, secuestros, escuchas telefónicas y confrontaciones electorales, para la elección de los jurados al comienzo del juicio oral, para la admisibilidad de la publicidad en el juicio oral y para que la práctica de las pruebas se realice conforme a derecho, y cuyo objetivo general es asegurar los derechos del inculpado y que se preserven las normas jurídico-procesales previstas.[18] El cumplimiento de estas normas se asegura según su fase procesal, bien mediante una prohibición de utilización del resultado probatorio, bien por la impugnabilidad de la resolución recaída.

De estas sentencias reformadoras hay que destacar los fundamentos legales y las garantías de libertad en las motivaciones de sus resoluciones con las que el Tribunal Supremo ha influido de forma decisiva en la conciencia pública. El Tribunal se ha convertido por ello en un guía político y moral de la Nación norteamericana.[19]

Sin embargo, estas ideas liberales que auspiciaron la reforma se extinguieron hacia fines de los años sesenta. Muchos de los jueces del Tribunal Supremo se jubilaron y el Presidente Nixon designó para los puestos vacantes a personalidades de las que se podía esperar un escaso dinamismo en la interpretación de la Constitución, una mayor reserva en la protección del inculpado y, en general, una mentalidad más conservadora.[20] En los años setenta el Tribunal Supremo con su nuevo *Chief Justice* Burger las reformas penales no tuvieron un retro-

17. Una panorámica jurisprudencial en ISRAEL-LAFAVE: *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*, 3.ª ed. 1980, pp. 20 y ss.

18. Véase ERDMANN (nota 12), pp. 78 y ss.; ISRAEL-LAFAVE (nota 17), pp. 20 y ss.

19. LINDE, 82 Yale L. J. 227, 238 (1972) resaltó que la decisión del Tribunal Supremo, «shape people's vision of their Constitution and of themselves»; BICKEL: *The Supreme Court and the idea or Progress*, 1978, p. 96 lo puso de relieve advirtiendo que una «coherent analytically warranted, principled declaration of general norms alone justifies the Court's function».

20. LEVY: *Against the law: The Nixon Court and Criminal Justice*, 1974, p. 422; ARZT (nota 7), p. 119.

ceso absoluto; pero se aprovechó frecuentemente la oportunidad para restringirlas y ampliar con relación a las mismas las facultades de intervención policial.[21] El Tribunal no habló ya con la fuerza de convencimiento política y moral de años anteriores. Sus resoluciones se apoyaban ahora ampliamente en puntos de vista pragmáticos y en consideraciones tales como que sería demasiado alto el precio pagado por la protección jurídica del inculpado, cuando los ciudadanos no estuvieran protegidos de delincuentes peligrosos y fuesen absueltos notorios culpables.[22]

El Tribunal Supremo desde los años setenta ya no siguió un curso uniforme. Junto a resoluciones que restringían los derechos de libertad, se dictaban otras que mantenían la línea liberal de los años precedentes. Así ocurrió, por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo en el año 1973 estableció un plazo muy amplio para la interrupción del embarazo. Un año antes declaró anticonstitucional la pena de muerte, aunque esta resolución desde el año 1976 ha sido de nuevo anulada. Más adelante trataremos de ambas.

Tras este panorama sobre las líneas generales de evolución en la Administración de justicia penal norteamericana, debemos ahora resaltar desde la óptica del derecho comparado algunas cuestiones interesantes de la reforma y explicarla más detalladamente. En primer lugar trataremos de materias referentes al Derecho Penal: las nuevas codificaciones y la interrupción del embarazo. Después, de la pena de muerte, del cambio en las penas privativas de libertad y de las nuevas alternativas desarrolladas para la admisión de estas penas. Finalmente, y desde el punto de vista del Derecho procesal penal, expondremos pormenorizadamente el desarrollo de la prohibición de la utilización del resultado probatorio.

III. Desarrollos en materias del Derecho penal

1. *Los nuevos códigos penales*

Los ya mencionados nuevos códigos penales que se promulgaron a lo largo de los años sesenta y setenta en alrededor de treinta estados, contienen ya una sistematización del derecho penal.[23] Los antiguos, la

21. Los primeros años de esta jurisprudencia los resume Arzt (nota 7), p. 119.
22. Véase por ejemplo, Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Officers, 403 U.S. 388, 416 (1971); Brown v. Illinois, 422 U.S. 590, 609 (1975); Stone v. Powell, 428, U.S. 465, 496 (1976).
23. Estas cuestiones y su desarrollo en Herrmann: *Strafrechtsreform in den Vereinigten Staaten*, en Kaiser-Vogler: *Strafrecht-Strafrechtsvergleichung*, 1975, p. 25; Weigend (nota 1), p. 1120.

mayoría de ellos del siglo pasado y con leyes penales retrógradas, apenas podían ser designados de tal forma, pues carecían de una Parte General, y la Parte Especial la componían muy detallados casos concretos orientados, por los Tribunales a los tipos penales que en numerosas ocasiones se interferían y se ordenaban sólo alfabéticamente.

Estas carencias se han eliminado en los nuevos códigos. Estos siguen mayoritariamente el *Model Penal Code*, modelo de código penal elaborado en los años cincuenta por profesores y profesionales y que logró un influjo en los Estados Unidos.[24] Según este proyecto de *Model Penal Code*, los nuevos códigos penales contienen por regla general una Parte General, una Parte Especial y una Adicional en la que se regulan las penas. Los tipos penales se recogen ahora extensamente con ayuda de conceptos abstractos y en función de los bienes jurídicos protegidos. Se puede decir que los nuevos códigos penales de los distintos estados norteamericanos ya no se diferencian externamente de los modernos códigos penales europeos.[25]

Sin embargo, esto no puede hacernos olvidar que a la Ley penal en el derecho norteamericano le corresponde fundamentalmente un valor distinto al que tiene en el continente europeo. El derecho es, en el ámbito jurídico anglo-americano desde hace siglos, el derecho del caso concreto que se desarrolla por los Tribunales. La experiencia enseña que aun tras la promulgación de las modernas leyes, el derecho del caso concreto continúa teniendo una gran significación, ya que los Tribunales siguen utilizando en la aplicación de estas nuevas leyes la típica técnica jurídica del *Common law*.[26] Lo primordial en el sistema jurídico para el juez norteamericano no es la individualización de un bien de la vida real con la ayuda de conceptos abstractos ni su acomodación al caso concreto. El Juez prefiere, por su formación jurídica, el «*method case*», o sea, cómo ha sucedido el caso concreto, la doctrina jurídica referente al caso y el análisis de los hechos con respecto a los precedentes judiciales que se han ido desarrollando históricamente. Se deberá por tanto aguardar a si los nuevos códigos penales nor-

24. American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Official Draft*, 1962; traducción alemana de Honig: *Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches*, 1965. Un resumen del influjo del Model Penal Code lo hace Wechsler: *The Model Penal Code and the Codification of American Criminal Law*, en Hood: *Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, 1974, p. 419.
25. En un plano federal se ha intentado desde hace años la promulgación de un moderno Código Penal hasta ahora sin éxito. Para estos intentos de reforma véase Weigend (nota 1), p. 1102; Schwartz, 41 Law and Contemp. Prob. Nr. 1, p. 1 (1977).
26. Zweigert-Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band. 1, 2. ed. 1984, pp. 297 y ss.; Rheinstein: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1974, p. 100.

teamericanos consiguen con el transcurso del tiempo hacer retroceder la tradicional concepción jurídica del caso concreto.

Los nuevos códigos penales norteamericanos apenas han aportado reformas de política criminal dignas de mención, pues a pesar de los intensos esfuerzos de reforma de tipo liberal, han conservado, junto a la ya mencionada punibilidad de la homosexualidad, en general también la incriminación del adulterio, prostitución, embriaguez notoria y vagancia callejera.[27] Estas incriminaciones penales se han convertido ciertamente en más duras, pues la actividad de los funcionarios encargados de la persecución penal en los Estados Unidos se determina por el principio de la oportunidad.

2. *La liberalización en la interrupción del embarazo*

La liberalización en la interrupción del embarazo comenzó a fines de los años sesenta, cuando en una serie de estado se establecieron leyes, en primer lugar con más o menos soluciones indicativas, y más tarde con soluciones de plazos.[28] El Tribunal Supremo posteriormente, como ya hemos indicado, decidió en 1973 que sólo las soluciones de plazos eran compatibles con la Constitución norteamericana,[29] permitiendo que hasta fines del sexto mes se podía interrumpir el embarazo. Durante los tres primeros meses es una cuestión que sólo atañe decidir a la embarazada y su médico respecto al sí y al cómo. Desde el cuarto mes interviene el Estado con disposiciones encaminadas a proteger a la embarazada y a exigir que la intervención se realice en clínicas y no en un ambulatorio. Sólo cuando se presume que el feto, aproximadamente en el séptimo mes, puede estar en condiciones de subsistir, es cuando puede ser punible la interrupción del embarazo que no ponga en peligro la vida y la salud de la madre. Los fundamentos constitucionales para la solución de plazos están en el *right of privacy*, el derecho a la protección de la intimidad. Derecho que sólo puede ser conculcado cuando con razones apremiantes se aducen los llamados «*compelling interests*».

En los años siguientes el Tribunal Supremo debió ocuparse repetidas veces con la cuestión de cuándo existen esos «*compelling interests*». La solución de plazos ha tenido en los Estados Unidos múltiples y a veces enconadas resistencias, y como consecuencia de ello en algunos de los estados y también a escala de los municipios es dictaron numerosas disposiciones con las que se intentaba restringir de una u otra forma la libertad en la interrupción del embarazo.

27. WEIGEND (nota 1), p. 1111.
28. Estas cuestiones y su desarrollo en HERRMANN JZ 1973, pp. 490 y ss.; WEIGEND (nota 1), p. 1089.
29. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).

El Tribunal Supremo no siempre ha seguido una línea uniforme al examinar la constitucionalidad de estas disposiciones. Así, por ejemplo, al limitar en gran medida la libertad de decisión de la embarazada cuando ha estimado constitucionalmente admisible el que los costes no podían ser asumidos por los órganos públicos de la Sanidad en los casos en que no existieran las indicaciones médicas para abortar en mujeres sin recursos económicos.[30] El Tribunal ha consentido incluso la reducción de los medios públicos para financiar los abortos que se ajustaban a las indicaciones médicas,[31] con lo que llegó a ser aún más duro el lograr legalmente una interrupción del embarazo para muchas mujeres sin recursos económicos.

En cambio, ha confirmado el Tribunal Supremo la libertad de decisión de la embarazada al declarar en diversas Sentencias que no se puede hacer depender del consentimiento del esposo la interrupción del embarazo[32] y que en los casos de minoría de edad sólo puede ser legalmente previsto un derecho conjunto de opinión de los padres cuando exista la posibilidad de comprobar judicialmente una tentativa de aborto frente a un expreso veto paterno.[33] En el año 1983 resolvió el Tribunal Supremo que, en vista de los progresos médicos y de las experiencias acumuladas en relación con la interrupción del embarazo, ya no debería ser considerado como necesario el que se efectuase exclusivamente el aborto en una clínica a partir del cuarto mes,[34] pues un aborto en una clínica, así se expresaba el Tribunal, comportaría por regla general para la embarazada más gastos y molestias que la intervención realizada en un ambulatorio.

En comparación con el derecho alemán hay que contemplar la solución norteamericana tanto en sentido positivo como negativo de liberal e individualista, ya que concede a la embarazada una gran libertad con el sistema de solución de plazos, y además como ciudadana mayor de edad y autorresponsable la deja sola con sus problemas e incluso considera admisible la renuncia a la ayuda económica. De muy distinta forma sucede con el derecho alemán, que se basa en fundamentos de responsabilidad social, de solidaridad y que se caracteriza por una ponderación de bienes: por el asesoramiento social y médico, por una limitación de la interrupción del embarazo en las clínicas y por otras

30. Maher v. Roe, 32 U.S. U.S. 464 (1977).
31. Harris v. MvRae, 448 U.S. 297 (1980) para el derecho federal, traducción alemana y notas de BEYERLING en EuGRZ 1981, 24; Williams v. Zbaraz, 448 U.S. 358 (1980) para el derecho de los Estados.
32. Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976).
33. Planned Parenthood Association v. Ashcroft, 103 S. Ct. 2517 (1983); también véase sobre ello DEMBITZ, 80 Colum. L. Rev. 1251 (1980).
34. City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 33 Cr. L. 3143 (1983).

medidas tales como que los gastos ocasionados los sufrague la Seguridad Social. El derecho alemán ofrece a la embarazada numerosas ayudas, pero también la somete a muy diversas medidas imperativas. Se podría decir que la solución alemana y la norteamericana vienen a ser el reflejo de los valores sociales y éticos de ambas sociedades.

IV. Desarrollos en el Derecho sancionador

1. *Las fluctuaciones en las resoluciones del Tribunal Supremo respecto a la pena de muerte*

Respecto a la pena de muerte se ha discutido en los Estados Unidos desde hace mucho tiempo. Ya a mediados del siglo pasado comenzaron los diversos estados, bien a tratar de abolirla, bien a limitarla en gran medida.[35] La mayoría predominante de los estados la mantuvieron sin embargo, junto a las penas privativas de libertad para casos de asesinato, formas graves de homicidio y para otros tipos de delitos. Pero la creciente animadversión contra la pena de muerte ciertamente se muestra cuando en los años sesenta se ejecutan cada vez menos penas de muerte.

Esta tendencia pareció ya imponerse definitivamente en el año 1972, cuando el Tribunal Supremo declaró la pena de muerte incompatible con la Constitución norteamericana por la prohibición que en ella se contiene de penas crueles y extraordinarias.[36] Pero no todos los jueces que apoyaron esta resolución se manifestaron entonces decididamente contra la pena de muerte. Algunos vieron la infracción constitucional sólo si la pena de muerte fuere decretada como consecuencia de su regulación en las leyes penales y con un amplio margen de discrecionalidad se hiciera depender frecuentemente del azar.[37]

Este argumento fue aprovechado por numerosos estados para cambiar sus leyes penales. Por un lado, conminaban con la pena de muerte como la pena más extrema para determinados tipos penales. Sin embargo, esto se consideró de nuevo como contrario a la Constitución por el Tribunal Supremo, pues no se daba ninguna posibilidad para admitir las especiales circunstancias del hecho y del autor.[38]

Por otro lado, los estados desarrollaron criterios especiales y un procedimiento singular para las sentencias de pena de muerte. De forma parecida a cómo en el proceso penal alemán se propone una resolución interlocutoria sobre la culpabilidad y se dicta sentencia para la imposición de la pena tras el veredicto de culpabilidad en el ámbito de una segunda parte del juicio oral. El Jurado se pronuncia en primer lugar acerca de un catálogo indicado por el legislador sobre qué circunstancias más severas y más suaves existen penalmente y luego expresa una recomendación en favor o en contra de la pena de muerte. La decisión del Juez se fundamenta en esta recomendación, que puede ser impugnada a través del oportuno recurso.

El Tribunal Supremo, en el año 1976, ha considerado conforme con la Constitución sentencias de pena de muerte que se habían tramitado de este modo.[39] Incluso recientemente lo aplicó en un caso en que el Juez no tomó en consideración una recomendación del Jurado para imponer una pena de cadena perpetua y condenó a muerte.[40]

La circunstancia de que el Jurado coopere en la decisión sobre la pena de muerte ha motivado una controversia sobre su composición. Los Jurados se eligen habitualmente en los Estados Unidos al comienzo de la fase del juicio de entre un grupo de candidatos presentes en la Sala del Tribunal.[41] El Ministerio Fiscal y el defensor pueden interrogar a cada candidato y cuando les parecen inadecuados solicitan del Juez su exclusión. En el pasado y en procedimientos que podían finalizar con sentencia de pena de muerte, se excluyeron frecuentemente a instancia del Ministerio Fiscal a grupos enteros de candidatos que se manifestaban durante el interrogatorio contrarios a la pena de muerte, bien por motivos de conciencia o por consideraciones religiosas. El Tribunal Supremo consideró esta práctica inadmisible por cuanto se opondría al derecho constitucionalmente garantizado del acusado a ser sentenciado por un Jurado imparcial.[42] Tras algunas fluctuaciones el Tribunal ya ha establecido que los candidatos sólo podrían rehusar cuando como motivos fundamentadores de sus objeciones frente a la pena de muerte no estuvieran en la situación o sólo bajo dificultades de cumplir su obligada tarea como Jurado.[43]

Basándose en estas nuevas leyes, declaradas constitucionales por el Tribunal Supremo, ya han sido condenados a muerte con sentencia firme más de mil acusados. Desde 1977 unos poco fueron ajusticiados,

35. Detalladamente Herrmann JZ 1972, p. 615.
36. Furnan v. Georgia, 408 U.S. (1972).
37. Herrmann (nota 35), p. 617.
38. Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976); Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325 (1976); Weigend (nota 1), p. 1113.

39. Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976); Profitt v. Florida, 428 U.S. 242 (1976); Jurek v. Texas 428 U.S. 262 (1976).
40. Spaziano v. Florida, 35 Cr. L. 3199 (1984).
41. Karlen: *Angloamerican Criminal Justice*, 1967, p. 182; Fahringer, 43 Law and Contemp. Prob. Nr. 4, p. 116 (1980).
42. Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510 (1968); Adams v. Texas, 448 v. Texas, 448 U.S. 38 (1980); véanse los trabajos dirigidos por Haney en 8 Law and Human Behavior 1 (1984).
43. Wainwright v. Witt, 36 Cr. L. 3116 (1985).

otros esperan en las celdas de condenados a muerte. Con ello el problema de la pena de muerte no se ha solucionado y se puede conjeturar que las cifras de ajusticiados aumentarán rápidamente en los próximos años.

2. *La pena privativa de libertad: de la resocialización a la pena como retribución e intimidación*

De manera dramática semejante a lo acontecido con la pena de muerte, ha transcurrido la evolución de la pena privativa de libertad. Como ya se ha indicado, la pena privativa de libertad juega en la Administración de justicia penal norteamericana un papel mucho más importante que en Alemania, donde si hacemos una comparación de alcance limitado, se la sustituye por otras penas.[44]

La gran significación de la pena privativa de libertad en los Estados Unidos no se remonta a un positivismo fundado en las ciencias naturales. Durante mucho tiempo fue opinión dominante el que las penas sobre todo tenían que servir para la resocialización del delincuente.[45] A esta finalidad correspondería, de forma especial, la pena privativa de libertad de duración indeterminada,[46] ya que el Tribunal cuando condena no puede saber cuánto tiempo se requiere para la resocialización del delincuente e indica solo el límite superior y a veces también el inferior en el cumplimiento de la pena. Sobre la efectiva duración de la pérdida de libertad decide posteriormente uno de los especialistas que integran el *Parole Board*, que, en primer lugar, sigue la evolución del preso en el establecimiento penitenciario y luego determina el momento de su liberación.

Las ideas de resocialización, las penas privativas de libertad indeterminadas y *Parole Board* fueron sometidas progresivamente a crítica cuando a fines de los años sesenta cambió el clima político en la forma anteriormente indicada.[47] Con un señalado carácter radical para un país como los Estados Unidos, se pusieron en duda las ideas heredadas orientadas a la acción educativa del hombre así como la eficacia de los programas de resocialización hasta entonces en funcionamiento. En resumidas cuentas, se acentuó de nuevo que, en el ámbito de los esfuer-

44. PLAGEMANN (nota 14), pp. 1627 y ss.; WEIGEND (nota 1), p. 1114; también el mismo 42 Md. L. Rev. 37, 46 y ss. (1983).

45. WEIGEND ZStW 94 (1982), pp. 801, 805 y ss.; HIRSCH ZStW 94 (1982), pp. 1047, 1048 y ss.; ALLEN: *The decline of the Rehabilitative Idea*, 1981, pp. 1 y ss.

46. Para esto y su desarrollo WEIGEND (nota 1), pp. 1114 y ss.; también el mismo autor (nota 45), pp. 805 y ss.; PLAGEMANN (nota 14), pp. 1619 y ss.; ALLEN (nota 45), pp. 6 y ss.

47. Véase WEIGEND (nota 1), pp. 1115 y ss.; también del mismo (nota 45), pp. 6 y ss.; HIRSCH (nota 45), pp. 1051 y ss.; JESCHECK (nota 7), pp. 1039 y ss.; ALLEN (nota 45), pp. 7 y ss.; MORRIS, Rev. Intl. Dr. Pén. 53 (1982), pp. 727, 730 y ss.

zos por la resocialización, «*nothing works*». La constatación de que «nada funciona» no era seguramente del todo injustificada a la vista del desolador estado de las cárceles norteamericanas. La crítica general a cada programa de resocialización, que con ésta constatación se expresaba, era por el contrario apenas defendible. Especialmente se adujeron contra las penas privativas de libertad indeterminadas que al delincuente se le entregaba al arbitrio del *Parole Board*, que no había ningún criterio idóneo en virtud del cual pudiese decidir sobre la peligrosidad y resocialización de aquél.

En lugar de la idea de resocialización se aportaron por la doctrina diversos nuevos —y en parte también viejos— programas de política criminal. De un lado, y por la escuela de Chicago, se postulaba un compromiso de tipo económico entre beneficios y perjuicios derivados del carácter intimidatorio que supone la pena.[48] De otro lado, y en cierto modo como antítesis a este programa utilitario, se presenta con sólidos fundamentos filosóficos la pena como genuina retribución.[49] De nuevo otros rechazaron soluciones radicales de este tipo y recomendaron diversas formas de compromiso entre los fines de la pena, por ejemplo, no asignándole a la teoría de la pena como retribución una fundamentación de tipo filosófico sino una función de límites.[50] Estas modernas teorías de política criminal fueron designadas de «neoclasicistas»,[51] pero, no obstante, los colores de la paleta de estas teorías se entremzclaban de forma muy diferente para que no pudiera ser pintado con aquélla un concepto único.

En una serie de estados se siguió por los legisladores la tendencia contra la idea encaminada a la resocialización.[52] Se suprimieron

48. Especialmente POSNER: *Economic Analysis of Law*, 2.ª ed. 1977, p. 163, «The function of the criminal law, viewed from a economic standpoint, is to impose additional costs on unlawful conduct where the conventional damages remedy alone would be insufficient to limit that conduct to the efficient level». De forma parecida WILSON: *Thinking about Crime*, 1975. Véase también HIRSCH (nota 45), pp. 1059 y ss.

49. Así por ejemplo, HIRSCH (nota 45), pp. 1063 y ss.; del mismo autor: *Doing Justice: The Choice of punishments*, 1976; también en 74 Crim. L. and Crimi. 209 (1983).

50. Representantes de esta dirección son, por ejemplo, ALLEN (nota 45), p. 70; MORRIS: *Punishment, Desert and Rehabilitation*, en GROSS-HIRSCH: *Sentencing* 1981, p. 257.

51. HIRSCH (nota 45), p. 1047; véase también WEIGEND (nota 45), p. 801.

52. En California, donde se había trabajado especialmente de forma importantísima con las penas de privación de libertad indeterminada, se puso de relieve el cambio de la política criminal, especialmente en el Código Penal cuando en el año 1976 se añadió el parágrafo 1170 del siguiente tenor: «The Legislature finds and declares that the purpose of imprisonment for crime is punishment. This purpose is best served by terms proportionate to the seriousness of the offense...».

o restringieron fuertemente las penas privativas de libertad de duración indeterminada, se trazaron más estrechamente los perfiles de la pena privativa de libertad de duración determinada y se eliminaron los *Parole Board* o se les asignaron nuevos cometidos.[53] En conexión con todo ello no fue raro que las penas se agravaran como expresión de la lucha contra la delincuencia.[54]

Por regla general las nuevas leyes concedieron al Juez aún un considerable margen de discrecionalidad en la medición de la pena, lo que contribuyó, como ya sucedió en el pasado, a agravar en la práctica las diferencias en la medición de las penas. Y estas diferencias no se podían nivelar por la vía de los recursos judiciales, porque las resoluciones sobre las penas en los Estados Unidos sólo son impugnables excepcionalmente. Para lograr un remedio se constituyeron en algunos estados y a veces hasta a nivel local comisiones de expertos que elaboraban las «*sentencing guidelines*», o sea las llamadas pautas para la medición de la pena.[55] Estas pautas contenían, entre otras, unos catálogos de criterios que debían servir a la uniformidad de comportamiento en la discrecionalidad judicial. La mayoría de las veces las líneas de actuación exponían no sólo recomendaciones; por ejemplo, en Minnesota tenían un efecto vinculate del que el Juez sólo podía discrepar cuando pudiera indicar fundamentos «*substantial and compelling*».[56]

En California se ha seguido otro camino en la restricción del margen de discrecionalidad judicial en la medición de la pena.[57] En los casos más frecuentes de delitos graves se concede por el legislador al Juez una escala de pena exactamente determinada, por ejemplo, para el robo, dos, tres y cinco años de prisión; por la venta de estupefacientes, tres, cuatro y cinco años. El Juez debe elegir ante la existencia de circunstancias atenuantes la pena más baja, ante circunstancias agravantes la más alta, y en los demás casos, la intermedia. Las penas que hay entre estas escalas no las puede imponer el Juez. En los casos en que el delincuente llevase arma o hubiera sido condenado anterior-

53. Véase PLAGEMANN (nota 14), p. 1624; HIRSCH-HANRAHAN, 27 Crime and Delinquency, pp. 289 y ss.; TONRY, 1982 Criminal L. Rev. pp. 157 y ss.

54. PLAGEMANN (nota 14), p. 1626; HIRSCH-HANRAHAN (nota 53), p. 297; HIRSCH 5 Hamline L. Rev. p. 166 (1982); LIPSON-PETERSON: *California Justice under Determinate Sentencing: A Review and Agenda for Research*, 1980 p. 5.

55. TONRY (nota 53), p. 162; HIRSCH-HANRAHAN (nota 53), pp. 303 y ss.

56. Se intentó también en Minnesota concretar estas líneas directrices, pero lo impidió un exceso de reclusos. MORRIS (nota 47), pp. 741 y ss.; HIRSCH (nota 54), pp. 171 y ss.; véase además *Minnesota Sentencing Guidelines Commission, Preliminary Report on the Development and Impact of the Minnesota Sentencing Guidelines*, 1982.

57. PLAGEMANN (nota 14), p. 1667; LIPSON-PETERSON (nota 54), pp. 5 y ss.; MORRIS (nota 47), p. 738.

mente en un plazo no superior a cinco años, se prevé en la Ley un suplemento global de un año.

Las penas fijadas en años completos son ciertamente una medida dura, pero la determinación legal de las penas quiere aparecer como una camisa de fuerza para el Juez. Sin embargo, el margen de discrecionalidad judicial tampoco ha quedado totalmente excluido en California, pues al Juez se le permite proporcionalmente bastante libertad, por ejemplo, el admitir circunstancias atenuantes o no tomar en consideración los antecedentes penales, además de los supuestos de examinar los errores de la resolución a través de los oportunos recursos. También el Ministerio Fiscal y el Abogado defensor tienen la posibilidad de actuar en las estipulaciones del veredicto de culpabilidad para la medición de la pena.

En Alemania es notorio que nunca se ha confiado en las posibilidades de resocialización en el período de ejecución de la pena como ocurre en los Estados Unidos. Esto se puede comprobar además en el fuerte retroceso de las penas privativas de libertad. Las ideas de resocialización se han convertido sin duda en la República Federal en un punto central de los planes de reforma, aunque en los últimos años también de un modo evidente se ha manifestado un cierto desengaño. Expresión de ello es la supresión de la medida del internamiento en un establecimiento social-terapéutico y que hasta hace poco fue recibida con gran expectación.

3. Community Corrections *y* Diversion *como nuevas medidas alternativas a las penas privativas de libertad*

Las penas pecuniarias en Estados Unidos se aplican de forma más limitada como alternativa a la pena privativa de libertad, y se establecen ampliamente sólo en el ámbito de asuntos de escasa importancia *(Bagatellkriminalität)* y a veces —también junto a la pena privativa de libertad— en los casos de enriquecimiento injusto en los delitos contra la propiedad.[58] Además aquélla ha perdido algo de su eficacia, después de que el Tribunal Supremo ha decidido en el caso de que una persona con insuficiencia de medios económicos no pueda pagar una pena pecuniaria, no se puede decretar contra ella una pena sustitutoria privativa de libertad.[59]

Probation juega, por el contrario, en la Administración de justicia

58. SCUTT: *The fine as a penal measure in the United States of America, Canada and Australia*, en JESCHECK-GREBING: *Die Geldstrafe im deutschen and ausländischen Recht*, 1978, p. 1682; WEIGEND (nota 1), p. 1126.

59. Williams v. Illinois, 399 U.S. 235 (1970); Tate v. Schort, 401 U.S. 395 (1971); Bearden v. Georgia, 103 S. Ct. 2064 (1983).

penal norteamericana un papel muy importante.[60] Consiste en la renuncia a la fijación de una pena privativa de libertad y también en la suspensión condicional de una pena privativa de libertad. En general se ha hecho de *Probation* un uso mucho más amplio que de la suspensión de la pena durante el período de prueba en el derecho alemán. *Probation* puede sustituir a una pena privativa de libertad de varios años y en parte también vincularse a una pena corta privativa de libertad. Cuando se dispone *Probation*, se impone al condenado usualmente el cumplimiento de determinadas tareas u obligaciones durante el período sometido a prueba y se le somete a la vigilancia de un funcionario encargado durante el período de prueba.

Desde los años sesenta se han desarrollado en los Estados Unidos otras dos alternativas a la pena privativa de libertad. Partiendo de la reflexión de que pocos impedimentos se oponen a la resocialización cuando los lazos entre el autor del delito y su ámbito vital y social no se cortan, han surgido las «*Community Corrections*».[61] Extramuros de los establecimientos penitenciarios se organizaron a nivel de comunidades un gran número de muy diferenciados establecimientos donde se le facilitaba al delincuente el poder participar en un programa de resocialización sin separarlo de su inmedito ámbito social, es decir dentro de su propia «*Community*». Esta «ayuda vecinal criminal-pedagógica a los delincuentes» [62] es frecuentemente sufragada por establecimientos de caridad y gestionadas por laicos. De ellos dependen los establecimientos y los programas, que también se conocen en la Alemania Federal, por ejemplo «*Freigängertum*», «*Halfway Houses*» para los excarcelados ya condicionados o definitivos, oficinas para búsqueda de trabajo y plazas de formación profesional, así como tratamiento en ambulatorios y hospitales para enfermedades psíquicas, alcohólicas, de adicción a las drogas y para la juventud.

Como estas formas de asistencia tenían lugar sólo tras la condena, fueron criticadas como perjudiciales desde diversos lados, bien porque la propia larga duración del procedimiento penal demoraba el comienzo de la resocialización o bien porque de la misma condena podrían originarse efectos negativos y que la propia justicia penal agravaba con el procedimiento. Por estas consideraciones a finales de los años sesenta surgió «*Diversion*» como una nueva iniciativa de política criminal.[63] Ésta tiene por objeto, en los casos de escasa y mediana importancia criminal, sacar cuanto antes al delincuente del curso de un proceso penal y conducirlo a un establecimiento de resocialización para un tratamiento más humano y al margen de los de la Justicia Penal. Como ya vimos con «*Community Corrections*», también aquí se organizaron a nivel local numerosas y variadas clases de programas para «*Diversion*». La decisión sobre la aplicación de «*Diversion*» corresponde a veces a la policía y en la mayoría de los supuestos al Ministerio Fiscal o al Juez.[64] Estos asignan al delincuente un programa determinado y establecen que cuando lo ha realizado con éxito el procedimiento finalice.

Valorar qué tipos de «*Diversion*» satisfactorios hay en los Estados Unidos es difícil. Se muestran informes ampliamente favorables sobre algunos establecimientos, aunque no se puede generalizar porque los programas difieren de un modo acusado de comunidad a comunidad. Recientemente parece haberse llegado con «*Diversion*» a una práctica más atenuada, y también se han levantado voces críticas.[65] Estas podrían haber reducido en los Estados Unidos la reserva ya manifestada frente a la idea de resocialización.

Tampoco es desconocida «*Diversion*» en la República Federal [66] además de su aplicación en el procedimiento de conciliación siempre que exista una acción privada, y en las distintas posibilidades de archivo o sobreseimiento en el procedimiento de menores, hay que añadir el sobreseimiento del parágrafo 153 a de la StPO y en el del parágrafo 37 PetMG, previstos con fines terapéuticos. Del parágrafo 37 PetMG se hace ahora escaso uso, como es evidente. Por lo que respecta al parágrafo 153 a StPO la praxis está, por así decirlo, a medio camino. Tras unas vacilaciones iniciales se han sobreseído actualmente numerosos prcedimientos paneles, aunque se hace uso casi exclusivo de las obligaciones de carácter pecuniario apenas como medida de tipo terapéutico.

V. Desarrollo y crisis de la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio en el proceso penal norteamericano *(Verwertungsverbote)*

Ya se advirtió que el Tribunal Supremo en los años sesenta con sus resoluciones de tipo reformador influyó en el proceso penal norteame-

60. Plagemann (nota 14), pp. 1632 y 1698; Weigend (nota 1), p. 1120; Blau Ga 1976, pp. 33, 42 y ss.
61. *The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report: Corrections*, 1967, p. 38; Plagemann (nota 14), p. 1704; Weigend (nota 1), p. 1121; Blau (nota 60), pp. 38 y ss.
62. Blau (nota 60), p. 38.

63. Herrmann ZStW 96 (1984), p. 455 con amplias referencias; George, 29 N.Y. L. School L. Rev., p. 1 (1984).
64. George (nota 63), p. 2; Blau (nota 60), pp. 49 y ss.
65. Véanse las observaciones de Weigend (nota 1), p. 1124.
66. Herrmann (nota 63), pp. 465 y ss.; Blau-Franke ZStW 96 (1984) pp. 485 y ss.

ricano ensanchando sus fundamentos jurídico-políticos y asegurando, con ayuda de la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio, las nuevas formas de tutela jurídica conseguidas. La prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio juega, actualmente, pues en el proceso penal norteamericano un papel considerable. Y como entre nosotros, la polémica entre los partidarios y contrarios a dicha prohibición no ha cesado todavía, haremos una exposición sucinta de su desarrollo en los Estados Unidos.

El Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años sesenta ha resaltado en numerosas resoluciones que la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio sirve como primer objetivo cuando no exclusivo para el control de las actividades de investigación de la policía.[67] La policía norteamericana está dividida tanto en los estados como federalmente en un número muy apreciable de excesivos y pequeños departamentos autónomos. En la mayoría de los casos actúan a nivel de comunidad y de distrito. Se echa en falta ampliamente una instrucción suficiente, y por lo menos dentro de los departamentos más pequeños una inspección digna. El Tribunal Supremo se ha visto por tanto obligado a controlar indirectamente, por así decirlo, a la policía mediante la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio.[68] Se parte para ello de la consideración que la palicía tendría que cambiar sus estrategias en la consecución de la prueba, cuando se establezca por los Tribunales que las pruebas se rechazan por haber sido obtenidas con unos medios probatorios de forma ilegal.

Sin embargo, cuando terminó la época liberal del Tribunal Supremo, comenzó también, pronto con respecto a la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio, a seguirse una nueva línea.[69] Primeramente el Tribunal mantuvo intacta la prohibición como tal, pero limitando su alcance caso por caso. Así, por ejemplo, decidió que el acta de una confesión conseguida por la policía sin haber instruido de sus derechos previamente el inculpado a pesar de su expresa prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio en la fase del juicio, podría ser aportada si servía como fundamento para mostrar perturbándole una evidente declaración falsa del acusado.[70] El Tribunal

67. HERRMANNS *Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichenre Ueberlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht*, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 7 y ss.

68. En el caso Elkins v. United States, 364 U.S. 206, 217 (1960) indicó el Tribunal Supremo que la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio era «the only effectively available way» para controlar a la policía. Véase también BRADLEY GA 1985, pp. 79, 101 y ss.

69. HERRMANN (nota 67), pp. 10 y ss.

70. Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971). También United States v. Havens 466 U.S. 620 (1980).

Supremo subrayaba con ello que con la idea de «controlar» no se podía dar un salvoconducto para las mentiras de los acusados.

A lo largo de los años los Jueces del Tribunal Supremo expresaron en la fundamentación jurídica de sus resoluciones también sus reservas, que se dirigían precisamente contra los fundaments de la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio. En efecto, indicaban que se pagaba un precio demasiado caro cuando notorios culpables no pudieran ser castigados a causa de una prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio, especialmente si el pretendido efecto de control de la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio no se pudiera comprobar.[71] Esta crítica es seguramente expresión del nuevo y ya varias veces mencionado curso de la política criminal y que como primer objetivo tiende a la represión del delincuente. La crítica se extiende a los resultados de diversas investigaciones que han puesto de relieve que con la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio la exclusión limitada de medios probatorios ha influido sólo en raros supuestos en el resultado de un proceso penal.[72]

En el año 1984 el Tribunal Supremo ha dado su primer gran paso en la fundamentación de su crítica para limitar ampliamente la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio. En dos supuestos resolvió que el material probatorio encontrado con ocasión de un registro no autorizado podía ser utilizado en contra de la regla general cuando la policía, que había realizado el registro, hubiera actuado «con buena fe» *(«in good faith»)*. Es decir, que se ha actuado por la correcta creencia de la existencia de una orden vinculante de registro judicial.[73] En un caso el Juez había dictado la orden sin que existiera una razón suficiente de sospecha. En el otro caso no se especificaba en la orden judicial los objetos que debían ser buscados; sin embargo, la policía era conocedora de los mismos y a ellos se dirigieron en las investigaciones y a ellos se limitaron en el registro. En ambos casos, el Tribunal Supremo expresó que se debía confiar en los funcionarios policiales al realizar el registro con orden judicial, pues una prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio no produciría ninguna clase de efecto de tipo de control.

A la vista de las fundamentaciones en las que en ambas resoluciones se ha basado el Tribunal Supremo, se podría admitir que corresponden a una nueva y fundamental restricción de la prohibición de

71. Véanse en la nota 22 las indicadas resoluciones.

72. Véanse las razones en el Voto disidente del *Justice* Brennan en el caso United States v. Leon, 35 Cr. L. 3273, 3288 (1984); WHITEBREAD-HEILMANN, 93 Yale L. J. 1399, 1406 (1984).

73. United States v. Leon, 35 Cr. L. 3273 (1984); Massachusetts v. Sheppard, 35 Cr. L. 3296 (1984).

aprovechamiento del resultado probatorio. Si se reconoce una excepción de «*good faith*» en las órdenes de registros judiciales, se daría pie para proceder del mismo modo con otras transgresiones policiales. Pues si para el Tribunal Supremo bastase la buena fe del funcionario policial para la exclusión de la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio, también en los supuestos prácticos mucho más frecuentes en que no existiese orden judicial se podría alcanzar entonces ciertamente pronto un punto en que la excepción se convertiría en una nueva regla.[74]

Comparando el derecho alemán con el norteamericano en lo que respecta a la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio, resulta que ésta entre nosotros ha sido reconocida desde el principio de una forma muy discreta y no determina tantas diferencias como en el derecho norteamericano. La prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio desempeña entre nosotros como primer objetivo, según se ha demostrado de forma clara tanto con el parágrafo 136 a StPO como con las resoluciones conocidas como la del diario y la cinta magnetofónica *(Tagebuch und Tonbandentscheidung)*, la protección del Derecho material y no la de control de la policía.[75] Para nosotros se coloca en primer plano la protección del derecho material y no la defensa contra las infracciones procedimentales realizadas por la policía. Las prohibiciones de aprovechamiento del resultado probatorio para la vigilancia de la policía se contemplan en el Derecho procesal penal alemán como manifiestamente innecesarias, pues aquélla en sus actos de investigación se atiene a las indicaciones del código procesal penal y las infracciones podrían ser castigadas tanto disciplinariamente como en un procedimiento penal. Si ello no siempre sucede en la práctica es ciertamente otra cuestión.[76]

74. El comienzo de una más amplia y extensa limitación en la prohibición de aprovechamiento del resultado probatorio lo podría representar en 1985 el caso Fall Oregon v. Elstad, 36 Cr. L. 3167 (1985). En este caso mantuvo el Tribunal Supremo que se podían utilizar las declaraciones efectuadas en una confesión tras la oportuna instrucción de sus derechos al inculpado, aunque el inculpado previamente y sin la necesaria instrucción hubiese admitido su participación en los hechos a preguntas de la policía. También en la fundamentación de esta resolución se hace alusión al criterio para efectuar un abandono de la jurisprudencia mantenida hasta entonces.

75. HERRMANN (nota 67), p. 12.

76. WEIGEND: *Continental cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, 2 Crime and Justice, 381, 398 (1980).

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Este panorama ha mostrado que los últimos veinticinco años en la Administración de justicia penal norteamericana ha sido, de forma parecida a como en Alemania, un tiempo movido y rico en reformas. Estas reformas han conducido frecuentemente en cuestiones aisladas a resultados demasiados diferentes, pero también se pueden reconocer aspectos comunes en las líneas de un desarrollo general.

El péndulo del desarrollo ha oscilado en los Estados Unidos evidentemente de forma más acusada que en Alemania, aunque habría que tener en cuenta que los Estados Unidos es conocido como el país de lo superlativo. Sólo el futuro podrá mostrar si contempladas a largo plazo las dramáticas novedades en el ámbito del Derecho sancionador y las crisis señaladas de la prohibición del aprovechamiento del resultado probatorio representan cambios copernicanos o si en tal evolución marcará el péndulo un término medio.

PARA MEJOR PROVEER

RÉGIMEN PROCESAL DE LA LEY DE 20 DE MARZO DE 1986, SOBRE PATENTES Y MODELOS DE UTILIDAD

ALBERTO MONTÓN REDONDO
Prof. Titular de Derecho Procesal
en la Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de 20 de marzo de 1986, reguladora del régimen jurídico de las patentes de invención y modelos de utilidad, supone un intento de adaptación de nuestra caduca legislación sobre esta materia no ya sólo al inexorable paso de los años, sino muy esencialmente a las nuevas circunstancias derivadas de nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea.[1]

1. Preámbulo de la Ley: «...aparte de los anteriores motivos existen otros factores relevantes que exigen la adopción de una nueva Ley de Patentes, como son la existencia de un derecho europeo de patentes, constituido por el Conve-

Y éstos son, esencialmente, los criterios tenidos en consideración por el legislador para justificar la nueva Ley, tal y como nos viene a decir en su Exposición de Motivos, con la finalidad última de lograr el necesario impulso en la innovación tecnológica que nos permita elevar «el nivel de competitividad de nuestra industria».

Por supuesto, no es nuestra intención examinar esta nueva Ley en su aspecto sustantivo,[2] sino exclusivamente determinar cuál es el enfoque que el legislador ha querido darle en un terreno estrictamente procesal. Ello nos lleva a un estudio de la misma en el que vamos a intentar deslindar todas aquellas posibles situaciones de controversia que en ella se prevén y conocer cuál es el cauce que se establece para su solución en vía judicial.

De principio, podemos observar que, por una vez, el legislador intenta ser consecuente consigo mismo en la línea marcada por la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma de la de Enjuiciamiento Civil, estableciendo el procedimiento de menor cuantía como prototipo de los ordinarios (art. 484 LECiv) en un intento de frenar, dentro de lo posible, el desbocado carrusel de los procedimientos especiales, y la multiplicidad de vías procedimentales para solucionar controversias derivadas de una misma normativa jurídica.[3] No obstante, esto no ha im-

nio de Munich de 5 de octubre de 1973 sobre Patente Europa, y el Convenio de Luxemburgo sobre la Patente Comunitaria de 15 de diciembre de 1975, derecho que ha sido recogido en la casi totalidad de las legislaciones de patentes europeas, y que nuestro país no puede desconocer en atención no sólo a la creciente internacionalización de las patentes, sino a las exigencias de la armonización de las legislaciones nacionales que impone la adhesión a la Comunidad Económica Europea».

2. En el momento de redacción de estas líneas (finales de mayo de 1986) son pocos los trabajos publicados sobre el tema. Citamos los que han llegado a nuestro conocimiento: PELLISE PRATS, B: *Informe analítico sobre el Proyecto de Ley de Patentes de 1985*, Ed. CEFI (Centro de Estudios para el fomento de la Investigación), Barcelona, 1985.

3. Como disposiciones características de esa multiplicidad procedimental encontramos, a mero título de ejemplo y por su actualidad cronológica, la Ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, y las Disposiciones Adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981, modificadora del Título IV, Libro Primero del Código Civil sobre régimen matrimonial.

En la primera se establecen cinco procedimientos diferentes en función de las distintas pretensiones objeto del proceso: el de desahucio de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el de retracto; el establecido por el artículo 61 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y 157 y ss. de su Reglamento de 14 de febrero de 1947, a los efectos de anotación del crédito refaccionario a favor del arrendatario en los supuestos establecidos por la Ley; y el de cognición, en todos los demás supuestos.

En cuanto a las Disposiciones Adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981, introducen tres vías procedimentales distintas: la de las cuestiones incidentales; una peculiar, propia de las separaciones o divorcios consensuados, de naturaleza muy similar a un expediente de jurisdicción voluntaria, y la de menor

pedido la introducción en la Ley de 20 de marzo de 1986 de peculiar normativa procesal, ya que no procedimental, que nos permite incluir dentro del calificativo de especial al procedimiento que como único (el de menor cuantía) se establece para la tramitación de todas las cuestiones litigiosas derivadas de su contexto, y enmarcarlo dentro de los que, para nosotros, su especialidad deriva de la relación jurídico-material que constituye objeto del proceso.[4] Desaparece, pues, aquel particular procedimiento que para la nulidad de inscripciones en el Registro de la Propiedad Industrial preveía el Título IX del Estatuto de esa Propiedad de 26 de julio de 1929 (texto refundido de 30 de abril de 1930, ratificado por Ley 16 de setiembre de 1931), así como la indiscriminada remisión a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de la vía procedimental a seguir cuando se ejercitasen pretensiones diferentes a la anterior. Normativa esta expresamente derogada por la Disposición Derogatoria 1.ª a) de la Ley de 20 de marzo de 1986.

De esta forma, el Título XIII de la nueva Ley (artículos 123 a 142) aparece íntegramente dedicado a «Jurisdicción y normas procesales».[5] Comprende cuatro capítulos. El primero, dedicado a «Disposiciones Generales» y en él se recogen, esencialmente, normas relativas a competencia y procedimiento, junto a otras que hacen referencia a legitimación y ciertos supuestos de intervención procesal, y a otras que hay que relacionar con situaciones concretas de controversia, como pueden ser la nulidad o impugnación de patentes o modelos de utilidad. El capítulo segundo supone una auténtica novedad y se intitula «Diligencias de comprobación de hechos», con la particularidad de que, conforme a lo establecido por la Disposición Transitoria 3.ª, lleva consigo una «*vacatio legis*» superior a los seis años, al establecerse que su vigencia queda pospuesta hasta el 7 de octubre de 1992. Por tal circunstancia, no vamos a dedicarle en este momento especial atención, aún cuando sí hacer referencia a sus peculiaridades, desde el momento en que nos encontramos ante auténticas diligencias preparatorias del proceso que intentan evitar su innecesaria utilización, o en su caso ofrecer en él ciertas garantías de éxito. El capítulo tercero se destina

cuantía cuando no sean de aplicación las anteriores (la Ley de 1981 preveía para tales casos el procedimiento de mayor cuantía, pero tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 y la modificación de su artículo 483 hay que entender que sería aquella vía la utilizable).

4. De acuerdo a nuestra clasificación de los procedimientos especiales en: *Procedimientos Civiles Especiales I*, Salamanca, 1982, p. 15.

5. El estudio del tema puede asimismo realizarse, aun cuando referido al Proyecto de Ley en: BAYLOS CORROZA: *Notas de urgencia sobre el Proyecto de nueva Ley de patentes, con especial referencia a normas procesales*, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, enero, 1985.

integramente a la regulación, considerablemente pormenorizada, de las posibles medidas que pueden adoptarse en el terreno cautelar, dentro de los procesos que puedan derivar de la aplicación de esta Ley. Y, finalmente, en el cuarto, se establece una peculiar normativa en materia de conciliación, para el caso de «invenciones laborales», mediante la creación de unas denominadas «Comisiones de Conciliación» de naturaleza netamente administrativa y cuya forma de actuación desvirtúa considerablemente lo que por conciliación se entiende en la normativa general de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, el estudio procesal de esta Ley de 20 de marzo no finaliza, en modo alguno, con el estudio de las referidas normas; junto a ellas, hemos de dedicar nuestra atención a cada uno de los supuestos de controversia previstos por el legislador de manera más o menos expresa, para conocer cuáles son sus distintas particularidades. Y tener también en cuenta que aquella normativa es aplicable tanto a las patentes de invención como a los modelos de utilidad, tal y como queda previsto por el artículo 152 («La protección del modelo de utilidad atribuye a su titular los mismos derechos que la patente de invención...»), que hay que relacionar con el 154 («En defecto de norma expresamente aplicable a los modelos de utilidad, regirán para éstos las disposiciones establecidas en la presente Ley para las patentes de invención, siempre que no sean incompatibles con la especialidad de aquéllas...»)

Así pues, dividimos nuestro estudio en dos apartados que pretenden ser absolutamente diferenciados: uno, dedicado a la que podemos considerar como normativa procesal común o general, y otro, a situaciones concretas de controversia.

II. Normativa procesal general

Se incluye, como ya dejamos indicado, en los artículos 123 a 142 de la Ley, que nos permiten deducir la existencia de normas aplicables a todos los posibles supuestos litigiosos y otros que lo son a situaciones concretas y específicas.

De tal forma, podemos agruparlas de la manera siguiente:

1. *Sobre competencia*

Se otorga, con carácter general, al Juez de Primera Instancia de la ciudad en que tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, del domicilio del demandado. Se prevé, no obstante, que hasta el momento en que tales órganos comiencen a funcionar y al encontrarse ello condicionado a la aprobación de la Ley de Planta prevista por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985,[6] la competencia territorial quede determinada por el lugar de la sede de la Audiencia Territorial, asimismo correspondiente al domicilio del demandado (Disposición Transitoria 9.ª de la Ley de patentes).

Puede entenderse que este criterio territorial es único e improrrogable, si estamos a la literalidad de la norma; y ésta parece ser la evidente intencionalidad del legislador, en línea con el artículo 268 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929, que así se venía interpretando.

Sin embargo, hacemos notar que cuando ha querido evitarse la sumisión se ha dicho expresamente (por ejemplo, en la Ley de arrendamientos rústicos, art. 123,1; de arrendamientos urbanos, art. 121; en causas matrimoniales, Disposición Adicional 3.ª de la Ley de 7 de julio de 1981; en procesos por usura, art. 1.º Ley de 23 de julio de 1908, etcétera), con lo que podría pensarse, con cierto fundamento, en la vigencia de las normas generales de la LEciv en esta materia, dada la remisión que a ella se hace «en lo no expresamente previsto» (artículo 125,1 Ley de Patentes).

Se tienen en consideración, por otra parte, las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establecidas en su artículo 98, en cuanto a la posibilidad de designación de Juzgados especializados para conocer con exclusividad de este tipo de cuestiones, cuando en la localidad de su sede existieran varios del mismo tipo (art. 125,2).

2. *Sobre legitimación y situaciones litisconsorciales*

El artículo 72 de la Ley de Patentes prevé la posibilidad de que la patente, solicitada o concedida, se encuentre en régimen de indivisión entre varias personas. En tal caso, y de acuerdo con lo preceptuado en aquél, cualquiera de los partícipes podrá, por sí mismo, ejercitar las acciones que estime oportunas en defensa de los derechos derivados de aquélla.[7] En tales casos, y dada la situación litisconsorcial,

6. La aprobación de esta ya problemática Ley debería hacerse en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con la Primera de sus disposiciones Adicionales; existiendo, por otra parte, la imperatividad de la Segunda al establecer que, asimismo en el plazo de un año se «constituirán» los Tribunales Superiores de Justicia. El artífice de la Ley de 20 de marzo de 1986 no parece estar muy convencido de la realidad de tales previsiones, y ello nos lo indica la redacción de la Disposición Transitoria 9.ª, que no tendría demasiado sentido si se proveyera su cumplimiento efectivo. Y así lo decimos por cuanto esta Ley entrará en vigor «a los tres meses de su publicación», es decir, a finales de junio, y en tales fechas, cumplidas aquellas previsiones, faltarían escasísimos días para la constitución de los Tribunales Superiores de Justicia.

7. Se recoge con ello reiteradísima jurisprudencia, en interpretación del ar-

deberá notificarse a los demás comuneros la acción emprendida a los efectos de su posible intervención en el proceso. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de la que puede calificarse como intervención adhesiva litisconsorcial.[8]

En materia de legitimación hay que tener en cuenta, por otra parte, que ésta corresponde no sólo al titular de la patente, sino al licenciatario si fue concedida licencia sobre aquélla de acuerdo con lo establecido por el artículo 75 de la Ley. Ahora bien, en este caso la legitimación ofrece características peculiares en función de la circunstancia de que la licencia tenga o no carácter exclusivo.

En el primer caso (carácter exclusivo de la licencia), la legitimación del licenciatario será directa, es decir podrá ejercitar en su propio nombre todas las posibles acciones protectoras de la patente, tal y como expresamente nos dice el número 1 del artículo 124. Sin embargo, en el segundo (licencia no exclusiva) tal posibilidad queda condicionada a la circunstancia de que el titular no lleve a cabo las pertinentes acciones, habiendo sido requerido notarialmente para ello por el licenciatario. Dándose esta situación y transcurridos tres meses desde la fecha del requerimiento, éste queda legitimado para la defensa de sus derechos en vía judicial siempre y cuando acompañe a su demanda el requerimiento efectuado; asimismo, y a los efectos de evitar los posibles perjuicios que pudieran derivarse del previsible transcurso del plazo que condiciona al proceso, se permite que el licenciatario

tículo 394 del Código Civil, cuya cita consideramos ociosa y conforme a la que, cualquiera de los comuneros se encuentra legitimado para comparecer en el proceso en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos como para defenderlos.

8. Esta modalidad de intervención queda cualificada por la circunstancia de que el interés determinante de la misma y que la legitima, deriva de una relación de conexidad jurídica entre el interviniente y el objeto del proceso y sobre la que ha de surtir efecto la resolución que en él se dicte, incluso en el supuesto de que no interviniese. Ello determina que su situación sea precisamente la de parte procesal. Sobre el tema y con carácter general, pueden consultarse, entre otros: NENCIONI: *L'intervento volontario litisconsorciale nel processo civile (Contributo ad una nuova sistematica dell'intervento)*, Padua, 1935; FAIREN GUILLEN, V: *Notas sobre la intervención principal en el proceso*, en Rev. de Dch. Privado, 1954, p. 855, y en Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, p. 175; ALLORIO, E: *Intervención litisconsorcial*, en Problemas de Derecho Procesal, Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, vol. II, p. 379; MARTÍNEZ VAL, J. M.: *Partes nuevas y partes intervinientes en el proceso civil*, en Rev. General de Derecho, 1965, núm. 250/251, p. 589; MORON PALOMINO: *El proceso civil y la tutela de terceros*, en Rev. de Derecho Procesal (cont.) 1965, p. 147; SERRA DOMÍNGUEZ, M: *Intervención de terceros en el proceso*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1969, p. 251; MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1972; *Intervención adhesiva simple en el proceso civil*, en Justicia 84, núm. 3, p. 581.

pueda solicitar del Juez que habría de conocer del mismo la adopción de medidas cautelares urgentes, siempre y cuando justifique su necesidad y aporte a su petición el referido requerimiento (art. 124,2). El procedimiento que habría de seguirse para la adopción de este tipo de medidas será el que en su momento veremos y que viene regulado por los artículos 133 y ss. de la Ley.

Siempre que el ejercicio de las acciones derivadas de la patente sea asumido por el licenciatario, el artículo 124,3 nos dice que ello deberá ser notificado a su titular con la finalidad de que pueda personarse en el proceso, lo que haría con el carácter de interviniente adhesivo litisconsorcial.[9] Y entendemos, aun cuando nada se diga al respecto, que esta misma posibilidad de intervención debe corresponder al licenciatario en el caso de que, careciendo de legitimación directa, la defensa de los derechos derivados de la patente haya sido asumida por su titular; nos parece que esta participación sería no sólo posible, sino aconsejable, con independencia de que le hubiera o no sido formalmente notificada la incoación de proceso, dado que también sus intereses pueden estar en juego. Se trataría, en nuestro punto de vista, de un supuesto claro de intervención adhesiva simple, en que la posición del licenciatario pasaría a ser la de mero coadyuvante con el titular de la patente.[10]

9. Entendemos que su intervención tiene carácter litisconsorcial, desde el momento en que existe una evidente conexidad jurídica entre el titular de la patente (que actuaría como interviniente) y la materia que constituye objeto del proceso. Incluso podría haber formulado directamente la demanda (por ejemplo, denegando legitimación para ello al licenciatario, lo que es posible en vía contractual, tal y como establece el artículo 124, 1, o aceptando el requerimiento al que se refiere al artículo 124,2). *Vid.* bibliografía cita 8.

10. El interviniente adhesivo simple no es parte en el proceso, sino coadyuvante o colaborador de quienes realmente lo son. La opinión doctrinal no es pacífica sobre este punto, y el hecho de tomar postura responde a nuestro propio concepto de parte procesal: si tal circunstancia concurre en quién solicita o frente a quien se solicita tutela jurídica de los órganos jurisdiccionales, debemos entender que ello no se da en el interviniente adhesivo. Él no solicita esa tutela para sí, como es característico de la parte procesal, se limita a colaborar con su actividad para que aquélla se conceda a favor de uno de los litigntes. Si actúa, lo hace guiado por un interés propio que lo legitima (según SERRA, derivado de un perjuicio material económico, que resultará del vencimiento del ayudado, *Intervención de terceros en el proceso... Ob. cit.* (cita 8), p. 246), pero la tutela no la exige en su nombre, sino en el del litigante a cuyo favor interviene; por eso ocupa en el proceso una mera posición subordinada a aquel junto a quién actúa. Sobre el tema ver la bibliografía de la cita 8, a la que puede añadirse FABRINI, G.: *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milán, 1964.

3. *Sobre procedimiento*

Siguiendo con las líneas generales marcadas por la Ley de 6 de agosto de 1984, por la que se modificó la de Enjuiciamiento Civil y conforme a la que se otorga el carácter prototípico de los procedimientos civiles al de menor cuantía,[11] tras la nueva redacción otorgada al artículo 484 de la precitada Ley es precisamente esta vía la que se establece para la sustanciación de todas las cuestiones que pudieran plantearse ante los Tribunales en materia de patentes o modelos de utilidad. Así lo perceptúa el artículo 125,1 de la Ley de 20 de marzo, que remite, sin particularidad alguna, a esta vía procedimental.

La única novedad que cabe destacar es la referente a los recursos establecidos contra las resoluciones dictadas en este tipo de procesos, que son los de apelación, ante la Audiencia Provincial, y la posibilidad de casación contra su sentencia. Esto supone la entrada en juego de las previsiones del número 2 de la Disposición Adicional Octava de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, con un evidente adelanto sobre las nuevas atribuciones que a estos órganos otorga el artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde el momento en que su vigencia se condiciona, como anteriormente decíamos, a la aprobación de la Ley de Planta. Siendo así, la situación se traduce, en la actualidad, a una ampliación de las atribuciones que a las Audiencis Provinciales vino a conceder en materia civil la Ley de 20 de agosto de 1968, debiendo quedar incluidas sus resoluciones, a efectos de su posible casación en el número 5 del artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es, por otra parte, la primera vez en la que se reconoce la posibilidad de casación contra una sentencia dictada por las Audiencias Provinciales en materia civil, sin estar todavía en vigor sobre este punto la Ley Orgánica del Poder Judicial en la que sí se prevé, dada la desaparición de las Audiencias Territoriales.

11. Otorgamos al de menor cuantía el calificativo de prototipo de los procedimientos civiles, en el sentido de que cuando no se especifique la vía concreta por la que habrá de tramitarse una determinada cuestión litigiosa, será precisamente aquélla la que habrá utilizarse, dado que así lo preceptúa expresamente el número 4 del artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para nosotros, pues, el procedimiento tipo continúa siendo el de mayor cuantía (aun cuando en algún sector y tras la reforma de 1984 parece trasladarse este carácter al de menor, así, por ej., PEDRAZ PENALVA: *Presentación a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Edición preparada por...)* Ed. Trivium, Madrid, 1985, p. XXIII), por cuanto entendemos que si como tipo se califica aquello que sirve de modelo o guía a los demás, sigue siéndolo aquél desde el momento en que es su normativa la que habrá de aplicarse con carácter general, a falta de normas específicas, en todos los procedimientos civiles.

4. *Sobre la posible adopción de medidas cautelares*

Recogen los artículos 133 a 139 de la Ley de Patentes una serie de normas relativas a la posible solicitud y adopción de medidas de carácter cautelar, que llaman la atención por su pormenorización y por preverse para cualquiera de las situaciones litigiosas que pudieran surgir al amparo de esta Ley. Vamos a examinar sus más peculiares características.

A) Competencia. Se establece, siguiéndose para ello los criterios generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Juez que conozca o haya de conocer en su caso de la cuestión principal controvertida, de acuerdo con el artículo 133.

Una competencia que se mantiene en cualquier circunstancia, en aplicación a ultranza del principio «el Juez de lo principal conoce de lo accesorio», en los términos del artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así nos lo viene a indicar el párrafo 2 del artículo 138 para el caso de solicitud de medidas cautelares en la segunda instancia, en el que la competencia para resolver sobre ella corresponderá al juzgador «*aquo*»[12] y no al que conozca de la apelación.

B) Momento de la solicitud. Puede realizarse antes del planteamiento de la demanda principal, conjuntamente con ella e incluso habiéndose dictado ya sentencia por el Juzgado de instancia, siempre que no haya adquirido firmeza. Así nos lo dice el artículo 138, permitiendo la posibilidad de solicitud y adopción de estas medidas en la segunda instancia, aun cuando ello deberá necesariamente fundamentarse en alguna de las motivaciones siguientes: *a*) La de no haber sido solicitadas con anterioridad, o *b*) Considerar insuficientes las que hubieran podido adoptarse.

Ante esta previsión legal consideramos que nada parece oponerse, concurriendo las circunstancias antedichas, a que aquellas medidas pudieran asimismo solicitarse en casación. Realmente ello no se prevé de forma expresa, pero pensar lo contrario carece de sentido práctico y aparece como contradictorio incluso con la propia intencionalidad del legislador en el establecimiento de esta garantía cautelar, dado que los mismos motivos que autorizan su solicitud en la apelación podrían alegarse en casación.[13]

12. El tema puede verse tratado con carácter general por ORTELLS: *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, p. 145.

13. La posibilidad de que, con carácter general, puedan solicitarse medidas de carácter cautelar en casación es admitida, por ejemplo, por SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Teoría general de las medidas cautelares*, en «Las medidas cautelares en el proceso civil», con RAMOS MÉNDEZ, Barcelona, 1974, p. 83.

C) Legitimación del solicitante. La legitimación para la solicitud de medidas de naturaleza cautelar entra en el terreno de lo ambiguo, ya que, con carácter general, deriva de la consideración subjetiva de que, de no ser adoptadas podrían producirse consecuencias negativas en la propia efectividad del proceso y, consecuentemente, en los derechos del demandante. Se produce, no obstante, en determinados casos una cierta objetivación de ese daño, como sucede, por ejemplo, en el embargo preventivo al condicionar la posibilidad de su solicitud a la concurrencia de determinadas situaciones en el deudor, legalmente previstas en el artículo 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y este sistema es el seguido por la Ley de 20 de marzo de 1986 al determinar como requisitos condicionantes de su petición, y consecuentemente de la legitimación del peticionario, la justificación por su parte de la explotación industrial en España de la patente o modelo de utilidad objeto del proceso o el desarrollo de «preparativos serios y efectivos a tales efectos» (arts. 133,2 y 152,1 por vía remisoria en materia de modelos de utilidad).

D) Procedimiento para la solicitud y adopción de las medidas cautelares. Formalmente, la solicitud habrá de realizarse por escrito (por medio de Otrosí cuando la solicitud se haga conjuntamente con la demanda principal) en el que habrán de indicarse las medidas cuya adopción se estime adecuada y hacerse referencia a la circunstancia motivadora de las mismas, que tal y como indicamos ha de ser indefectiblemente: o la explotación industrial en España de la patente o modelo de utilidad respecto al que tales medidas se solicitan, o el desarrollo de «serios preparativos» a tales efectos (art. 135, en relación con el 135,1). Asimismo, la solicitud deberá ser continente de la proposición de prueba y acompañarse de toda la documental que pretenda hacerse valer, tal y como se establece por el párrafo primero del artículo 135: «propondrá las pruebas que estime pertinentes (se refiere al peticionario), acompañando las de carácter documental».

Tal y como se redacta este precepto, parece que no existiría posibilidad de aportación ulterior de ningún tipo de documento, precluyendo en este momento procesal; incluso interpretado en su sentido más literal podría pensarse que, en caso de indisponibilidad física de los documentos, ni siquiera cabría hacer la designación de archivos a la que se refiere el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nos parece que no ha querido ser ésta la intención del legislador, sino que hay que considerar de aplicación las normas generales de aquel Cuerpo legal en cuanto a la aportación de documentos indisponibles (art. 504, párrafo segundo) dada la remisión expresa del número 4 del artículo 125 de la Ley de Patentes: «La Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará en todo lo no previsto en este Título.»

Una vez presentada la solicitud, el Juez procederá a la apertura de

pieza separada (núm. 2, artículo 133, lógicamente cuando se realice coetánea o posteriormente a la demanda principal, no cuando tenga carácter previo). Y en este momento se produce una laguna legal, o por lo menos a nosotros nos lo parece; y decimos esto por cuanto el artículo 135,2 se redacta así: «El Juez, en el término de cinco días, a la vista de las manifestaciones y documentos aportados por las partes, podrá acordar la práctica de aquellas diligencias y pruebas...» De acuerdo con este precepto, el Juez adoptará una determinada resolución, en un determinado término, «a la vista de las manifestaciones y documentos aportados POR LAS PARTES», es decir, si nos atenemos a lo que aquí se dice, el órgano jurisdiccional ha dispuesto de unos datos que le han proporcionado LAS PARTES, o sea, quien solicita las medidas y aquel frente a quien se solicitan. Y esto es así, no nos cabe duda de que debe darse traslado de la solicitud a la persona que figura con la condición de parte pasiva, con independencia de que lo sea o no formalmente (dado que, como hemos dicho, tal solicitud puede hacerse antes del proceso principal). Pero esto no lo dice la Ley, simplemente se deduce de su contexto y surgen algunas preguntas: ¿dentro de qué término habría de procederse al traslado?, ¿qué término se concedería para que la parte pasiva haga las manifestaciones que estime pertinentes?, ¿hay que ceñirse al de cinco días, único al que se refiere la Ley y dentro del que tendría que incluirse tanto este trámite como el de la decisión judicial? Todo esto nos supone o una imprevisión del legislador o un error de redacción, porque quizá lo que se pretende es que, en un principio, no se oiga más que al solicitante, lo que incluso cabe pensar si estamos al número 5 del artículo 135, cuando nos dice que practicadas las pruebas, en su caso, «se celebrará una comparecencia con las partes», momento en el que el «demandado» podría hacer las manifestaciones oportunas.

En cualquier circunstancia, y con la duda así planteada, transcurrido el plazo de cinco días desde la recepción del escrito de solicitud, el Juez «podrá acordar la práctica de las diligencias y pruebas que estime convenientes, con el fin de formar criterio sobre la procedencia de las medidas cautelares solicitadas». Tal y como se redacta este precepto se distingue entre diligencias y pruebas, y ello nos lleva a considerar que el Juez puede acordar la práctica de las pruebas propuestas que estime pertinentes (resolución que tiene carácter irrecurrible, art. 135,4) y además, para mejor proveer, en los términos del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todas aquellas diligencias que estime oportunas (entre las que se incluiría el informe del Registro de la Propiedad Industrial al que se refiere el artículo 128,2 de la Ley de Patentes y al que más adelante dedicaremos nuestra atención). A los anteriores efectos se establece un plazo de 20 días para la práctica de aquellas pruebas o diligencias, transcurrido el cual, y con

independencia de que se hubieran o no propuesto o practicado, el Juez dentro de los seis siguientes a su finalización convocará a las partes a una comparecencia, de la que no se indica su objeto, pero del contexto de la Ley se deduce que en ella podrían hacerse las alegaciones que se estimaran pertinentes en base a los resultados de aquellas diligencias o pruebas.

Cumplido el trámite de la comparecencia, se otorga al Juez un plazo de seis días dentro de los que, por medio de auto, habrá de pronunciarse sobre la adopción o no de las medidas solicitadas y sobre las costas, pudiendo resumirse las consecuencias y características de este pronunciamiento en la siguiente forma:

a) Se producirá la denegación de las medidas solicitadas, cuando, tal y como nos dice el artículo 136,3, «resultare que el demandado está amparado por un derecho fundado en una utilización anterior, según el artículo 54».

b) No dándose la circunstancia referida, se acordará la adopción de las medidas que se estimen oportunas, dentro de los términos que al respecto establece el artículo 134.

En tal supuesto, y en la misma resolución se fijará la caución que el peticionario de las mismas debe prestar «para responder de los daños y perjuicios que eventualmente pudieran ocasionarse» (art. 137,1). Esto nos lleva a pensar que la adopción formal de las medidas acordadas quedaría condicionada a la prestación de esa garantía; es decir, sólo cuando constase su constitución (que deberá ser documentalmente acreditada ante el Juez) podrá éste ejecutar su resolución en el sentido de llevar a efecto aquellas medidas.

c) Cuando las medidas adoptadas lleven consigo restricciones en la actividad industrial o comercial de aquél frente a quien se acuerdan, se prevé, con la finalidad de causarle los menores perjuicios posibles, que pueda solicitar su levantamiento mediante la prestación de una fianza que, en tal caso, habrá de ser establecida por el Juez en su resolución, con carácter sustitutorio (art. 137,2). De tal forma, producida esta situación y una vez solicitado formalmente el levantamiento de aquéllas, el Juez lo acordará así en el momento en que conste la prestación de la fianza en la cuantía fijada.

d) Cualquiera que sea la resolución judicial, en orden a la adopción o no de las medidas solicitadas, en ella deberá contenerse pronunciamiento expreso sobre costas. No se establece criterio alguno para ello, por lo que entendemos habrá de estarse a los generales del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) Con carácter programático, el número 2 del artículo 136 establece que, cualquiera que fuere el contenido de la resolución a la que nos venimos refiriendo no prejuzgará la que pudiera dictarse sobre el

fondo en el proceso principal. Con ello viene a decirse que en modo alguno debe ser tenida en consideración por el Juez, manifestación legal que nos aparece como lógica garantía para el justiciable desde el momento en que el que dictó aquella resolución sería el mismo que conocería en ese proceso. Y de no ser así, entendemos que podría fundamentarse un recurso de casación en base al número 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por «infracción de las normas reguladoras de la sentencia».

f) Se establece un plazo de caducidad para las medidas acordadas, cuando su solicitud haya sido realizada con anterioridad al proceso principal. De tal forma, el artículo 139 prevé el de los dos meses siguientes al de aquella resolución; con ello, si la demanda no se entabla en el referido plazo y tal y como nos dice el precitado precepto, «quedarán las mismas sin efecto en su totalidad». Viene a seguirse con ello idéntico criterio que, anteriormente a la reforma de 6 de agosto de 1984, se exigía para la eficacia del acto de conciliación cuando éste tenía carácter preceptivo.

Dándose esta situación (no presentación de la demanda en el indicado plazo) y para el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que ello hubiera podido causar al demandado, en la resolución en la que se acuerde el levantamiento de las medidas acordadas [14] se fijará el importe de aquéllos, que habrán de abonarse con cargo a la caución prestada por su solicitante (art. 139,2) y a la que, en su momento, nos referíamos (art. 137,1). Nos parece que el legislador soluciona el tema de manera excesivamente simplista por cuanto, para fijarse tales perjuicios, habrá en primer lugar de conocerse si éstos se han producido o no y cuál es, en su caso, la cuantía de los mismos. Ello nos lleva, en nuestra opinión, a una incidencia similar a la prevista por los artículos 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los efectos de su determinación y alcance (referidos a la integración de la sentencia para su eficacia ejecutiva, cuando en ella se condena de manera genérica a daños y perjuicios), y nos hace pensar que una interpretación estrictamente procesal de este precepto, podría ser la siguiente: en el momento en que se dicte la resolución a la que nos dedicamos, el demandado deberá solicitar la indemnización de los perjuicios produci-

14. No establece la Ley qué forma ha de adoptar esta resolución, pero entendemos que debería ser la de auto, si nos atenemos al artículo 245,1 *a)* de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, aplicado en sentido contrario, al quedar reservadas las providencias para los casos en que su objeto lo constituya la ordenación formal del proceso, y el levantamiento de medidas de carácter cautelar nos parece que no se trata precisamente de un acto de ordenación procesal. En relación con el tema consideramos debe verse: SEOANE CACHARRON, J.: *La ordenación en el proceso civil e incidencias de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ed. Colex, Madrid, 1986.

dos y su cuantía. Ello determinaría que, a no ser que se considere que el mero hecho de no presentar la demanda principal ya ha producido tales perjuicios (lo que sería una presunción legal un tanto discutible y que tampoco queda expresamente establecida), habrá de demostrarse la producción de los mismos y su importe, por cuanto aparece como evidente que el Juez no puede «*ex officio*» cuantificar unos perjuicios que desconoce. A tales efectos, caben dos posibilidades: o acudir a la vía de la incidencia de liquidación de perjuicios de los artículos 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que parece ser la intención velada del legislador, o seguir un procedimiento independiente para su determinación. Y decimos que la primera parece la tendencia de la Ley, por cuanto en ella se dice que si la caución *no fuera suficiente* para cubrir la totalidad de los mismos, «podría ejercitarse la correspondiente acción de responsabilidad para reclamar el importe restante», lo que habría de realizarse lógicamente por la vía del procedimiento de menor cuantía si nos atenemos a las prescripciones del artículo 125 de la Ley en que, como veíamos, así se establece con carácter general; y esto parece indicarnos que, si la caución *fuera suficiente*, la exigencia de perjuicios sobre su base debería realizarse dentro del mismo procedimiento en que aquélla se estableció.

g) Finalmente, hemos de dejar indicado que, conforme a lo preceptuado por el artículo 139,3, si la sentencia dictada en el proceso principal fuera desestimatoria de las pretensiones de aquel que solicitó y obtuvo medidas cautelares, éstas quedarán asimismo sin efecto tanto si la desestimación se produce en primera instancia como en vía de recurso.

Y aquí se produce, aunque no se prevé por la Ley, idéntica situación a la que veíamos en el punto anterior respecto a la indemnización al demandado de los posibles daños y perjuicios causados. Esto nos lleva a considerar la posibilidad de que la sentencia dictada en aquél pudiera pronunciarse sobre su existencia e incluso sobre su importe, lo que podría evitar, a los efectos de su ejecución, el incidente de liquidación de los artículos 928 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y entendemos que esto puede perfectamente ser así, si el demandado en el proceso principal lo incluye en su escrito de contestación como un pedimento más, condicionado a la desestimación de la demanda, lo que obligaría al Juez, en aplicación del principio de congruencia, a resolver sobre él cuando se produjera aquella desestimación.

5. *Conciliación*

Como requisito de admisibilidad de la demanda, y conforme a lo establecido por los artículos 140 a 142 de la nueva Ley, se configura

preceptiva la celebración de conciliación previa cuando el objeto del proceso verse sobre cualquier situación de controversia relacionada con las que en su Título IV se denominan «Invenciones laborales», conceptuándose como tales de acuerdo con su contexto: «Las realizadas por trabajadores o funcionarios de cualquier índole durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo», y ello con independencia de a quién pudiera corresponder la titularidad o derechos derivados de aquéllas, por cuanto no es de interés a los efectos que nos ocupan.

En tales supuestos, y de acuerdo con el artículo 140, «La cuestión discutida deberá ser sometida a un acto de conciliación ante el Registro de la Propiedad Industrial...». La situación es un tanto peculiar y parece con ello que el legislador vuelve sobre sus pasos, tras la línea marcada con la Ley de 6 de agosto de 1984, modificadora de la de Enjuiciamiento Civil, por la que se privó de carácter preceptivo a la conciliación con carácter general.[15] Se trata, por otra parte, de una fórmula conciliatoria de la que realmente puede decirse que no encaja en lo que por conciliación ha de entenderse en su correcta concepción procesal, asemejándose más a una fórmula arbitral que a ella[16] por una serie de motivaciones:

15. No se trata, sin embargo, de una novedad, sino que parece seguir los pasos marcados ya en la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984, en cuyo artículo 34 se establecen las denominadas «Comisiones de Conciliación», a las que las partes podrán someterse para la resolución de sus conflictos derivados de la interpretación y cumplimiento de los contratos de seguro (no tiene carácter preceptivo). Una Comisión de carácter netamente administrativo, compuesta por representantes de la Administración, de los asegurados y de las entidades aseguradoras, cuya función no es la de «conciliar» los intereses de los litigantes, sino resolver el conflicto «según su leal saber y entender» emitiendo un laudo que será «firme y ejecutivo».

16. Si nos atenemos al sentido más vulgar del término, conciliar supone llegar a un acuerdo entre dos posturas u opiniones encontradas; y este mismo es el que se deduce en función a sus raíces etimológicas al derivar de «conciliare», cuyo significado es unir. Utilizado en el terreno jurídico-procesal, la conciliación aparece como un instituto cuyo objeto lo constituye el intento de lograr un acuerdo entre intereses o posiciones en litigio con la mediación de un tercero, cuya participación no va dirigida a ofrecer o imponer ese acuerdo, sino a intentar su consecución.

Así se deduce del fondo de la definición que GUASP nos ofrece (aun cuando no compartimos la naturaleza que como proceso le atribuye, dado que para nosotros no es sino una diligencia previa al mismo, actualmente de carácter eventual, tras la reforma de la LECiv. de 6 de agosto de 1948), «proceso de cognición especial por razones jurídico-materiales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior... mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes» (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, vol. II, p. 574); y así nos lo dice con mayor claridad MONTERO AROCA: «Actividad desplegada ante un tercero por las partes en un litigio, dirigida a lograr una composición justa que ponga fin al conflicto de intereses», una actividad que considera propia de un expediente de jurisdicción voluntaria. (*La*

A) El órgano al que se atribuye su conocimiento, que no es jurisdiccional, sino administrativo: el Registro de la Propiedad Industrial, en el que se prevé la constitución de una Comisión formada por tres miembros, uno del propio Registro, uno en representación del trabajador o funcionario y otro de la empresa u organismo, del modo en que se establece por el artículo 141.

B) La Comisión de Conciliación no tiene como misión el lograr un acuerdo entre los litigantes, actuando con el carácter de mediador (lo que es la genuina esencia de la conciliación), sino ofrecer un principio de acuerdo que deberá, en su caso, ser aceptado por aquéllos. Así nos lo dice el artículo 142 en su número 1: «Una propuesta de acuerdo deberá dictarse por la Comisión de Conciliación en un plazo máximo de dos meses desde que el acto de conciliación se solicite y las partes deberán manifestarse en el plazo máximo de 15 días si están o no conformes con dicha propuesta. En caso de silencio se entenderá que existe conformidad.»

De la redacción de este precepto, ambiguo como la mayoría de los que esta Ley nos ofrece en el orden procesal, hay que deducir los trámites a seguir para la solicitud y celebración de esta particular «conciliación»:

— Deberá solicitarse, previamente al planteamiento de cuestión litigiosa alguna, por la parte que en ella habría de figurar con el carácter de demandante. Habrá de hacerse por escrito, y en cuanto a su contenido y trámite, aun cuando nada se diga al respecto, entendemos que habrá de estarse con carácter general a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la materia (arts. 460 a 480 que se consideran de aplicación supletoria en lo «que sea pertinente», según el número 3 del artículo 142). Así pues, podría ser de esta manera: presentación de la solicitud de conciliación ante la Comisión, en la que podrán hacerse las manifestaciones que se estimen pertinentes en relación con

conciliación preventiva en el proceso civil, en Rev. Jurídica de Cataluña, 1971, núm. 4, p. 884, y en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, p. 198).

En cualquier caso, y con independencia de su naturaleza (que intencionadamente hemos buscado encontrada en los autores citados), la auténtica esencia de la conciliación se encuentra en ese intento de acuerdo que las partes quieren lograr: pero las partes, nunca un tercero. Lo más que ese tercero podrá es pretender que aquéllas lleguen a ese acuerdo, pero nunca ofrecérselo y menos imponérselo, pues en tal caso nos encontraríamos ante un supuesto de heterocomposición, y el instituto conciliatorio debe considerarse como una forma de lograr la autocomposición, pero no por aquel tercero, sino siempre por obra de las partes; lo contrario desvirtuaría su propio concepto (en línea con ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, N.: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, núm. 44, p. 73, en crítica a los equivalentes jurisdiccionales de CARNELUTTI).

el posible acuerdo a adoptar, debiendo acompañarse de la documentación que se estime oportuna; de este escrito se daría traslado a la otra parte con la finalidad de que pudiera, a su vez, hacer las manifestaciones adecuadas. Aquí se nos plantea un problema en cuanto a la forma de hacerse tales manifestaciones, ya que nada dice expresamente la Ley sobre este punto, y en la remisión expresa a la de Enjuiciamiento Civil habría de entenderse que se llevarían a efecto en una comparecencia, si nos atenemos a los términos del artículo 471, en la que se oiría a las partes y se exhibirían las pruebas (documentales, si estamos al precisado precepto). Ahora bien, en este momento no habría de levantarse acta con el acuerdo o desavenencia, tal y como nos dice el artículo 472, sino que empezaría a correr el plazo del artículo 142 de la Ley de Patentes dentro del que la Comisión redactará una propuesta de acuerdo (dos meses) sobre el que las partes, una vez emitido, deberán manifestar su conformidad o disconformidad en el término de quince días (entendemos que por escrito).

— Si ambas estuvieran conformes con esa propuesta, hay que entender que será vinculante para ellas y consecuentemente gozará de fuerza ejecutiva en caso de su incumplimiento. Una fuerza que jugaría en cualquier caso, si nos atenemos a lo que nos dice el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Lo convenido en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró... cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juez.» Si adaptamos esta norma a la Ley de Patentes, cabría considerar que la ejecución corresponderá, no a la Comisión de Conciliación (a la que en ningún momento se le atribuye), sino precisamente al órgano a quien la propia Ley otorga competencia para ello, que es el Juez de Primera Instancia territorialmente competente conforme a la regla 2 del artículo 125 y que en su momento vimos, dado que el artículo 123 nos dice que son los órganos de la «jurisdicción ordinaria» a quienes corresponde el conocimiento de todos los litigios que puedan surgir en aplicación de sus normas.

— En caso de disconformidad o desacuerdo de cualquiera de las partes, podrá plantearse demanda en proceso principal sobre la cuestión controvertida, a la que se acompañará la propuesta de acuerdo de la Comisión y el escrito en que la disconformidad sea expresamente manifestada, dado que ello se configura como requisito de su admisibilidad.

6. *Informes del Registro de la Propiedad Industrial*

Se prevé un informe de este organismo, con carácter preceptivo, en caso de ejercicio de pretensión impugnatoria de una patente (hay que

entender que también de un modelo de utilidad) por cuanto así se preceptúa por el número 1 del artículo 128 de la Ley: «el Juez acordará pasar los autos al Registro», lo que producirá como consecuencia la suspensión del procedimiento durante el tiempo previsto para la evacuación de aquél, que es de 30 días. Ahora bien, ¿cuál sería el momento en que habría de producirse la suspensión por tal motivo? Entendemos que sería aplicable lo previsto en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal forma que debería tener lugar «después de la vista o de la citación para sentencia y antes de pronunciar el fallo...»

Dado el carácterd preceptivo que se otorga en este informe, nos hubiera parecido mucho más operativo, y desde luego evitaría una innecesaria dilación del proceso, si el informe se solicitara en el momento en que no se lograse el acuerdo al que se refiere el artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,[17] a partir del que podía empezar a correr el plazo indicado y en tal caso la suspensión sólo habría de producirse, o bien cuando las partes no propusieran prueba conforme a lo previsto por el artículo 695 de la misma Ley procesal, o bien cuando propuesta su práctica ésta tuviera lugar antes del transcurso del plazo previsto para la emisión del mencionado informe.

Cuando se ejercitase una pretensión distinta a la anterior, el informe del Registro pierde su carácter preceptivo y pasa a incardinarse como una de las posibles diligencias que el Juez puede acordar en los términos del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo puede solicitar, por la misma vía, asesoramiento de alguno de los expertos de aquel organismo; y en cualquier supuesto, tanto el informe del Registro como el posible asesoramiento de sus expertos tendrá, tal y como nos dice el número 2 del artículo 128 de la Ley de Patentes, carácter de prueba pericial. Ello viene a determinar que su valoración por el órgano jurisdiccional deberá hacerse en base a lo previsto por el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, conforme a las «reglas de la sana crítica», sin que aquéllos le vinculen en modo alguno.

7. *Diligencias de comprobación de hechos*

Regulan los artículos 129 a 132 de la Ley de Patentes y bajo la denominación genérica de «Diligencias de comprobación de hechos», un conjunto de aquellas cuya naturaleza es esencialmente preparatoria de un proceso ulterior, y cuya finalidad es la constatación fehaciente

17. Artículo 692 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Comparecidas todas las partes, el Juez declarará abierto el acto y, en primer término, exhortará a las partes a que lleguen a un acuerdo.»

de ciertos actos que, tal y como nos dice el artículo 129, «puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente».

Se pretende con ello obtener, mediante intervención judicial, unos datos que posteriormente puedan ser utilizados en un proceso como consecuencia de actuaciones que «*ab initio*» se han presumido como violatorias de los derechos derivados de una patente concedida. Tales datos no tienen, pues, más consecuencias que la exclusivamente dicha, y sólo producen eficacia si son utilizados como prueba dentro de un proceso principal cuyo objeto lo constituya, precisamente, el ejercicio de cualquier pretensión dirigida a defender los derechos derivados de la patente contra aquellas actuaciones.

Al tratarse de una materia cuya vigencia se pospone hasta el 7 de octubre de 1992, posponemos también nosotros su estudio hasta un momento más próximo a esta fecha. (Disposición Transitoria Tercera de la Ley.)

III. Controversias jurídicas concretas

Una vez examinada la normativa procesal que puede considerarse común (o relativamente común) a las distintas situaciones litigiosas previstas por la Ley de 20 de marzo de 1986, vamos a centrarnos en esas situaciones que expresamente se prevén y, en su caso, qué particularidades las definen y caracterizan.

1. *Reconocimiento del derecho a la obtención de una patente, por persona distinta al solicitante originario de la misma*

Parte de una situación en la que, solicitada la concesión de una patente, se ejercita por parte de un tercero una pretensión en la que solicita es le declare con mejor derecho a aquélla.

Dándose este supuesto, y una vez presentada la demanda, ello condiciona la solicitud de patente realizada por el demandado, en el sentido de que no podrá ser retirada sin el consentimiento del demandante. Y, en cualquier caso, el Juez procederá a decretar la suspensión del procedimiento para su concesión hasta que se produzca la notificación de la sentencia firme, si ésta es desestimatoria de la pretensión del actor o hasta tres meses después de aquélla, si tuviera carácter estimatorio (art. 11,3).

Dentro de este mismo apartado consideramos incluible al supuesto en que, concedida la patente, lo ha sido a persona a la que se considera no legitimada para obtenerla en los términos del número 1 del artículo 10: es decir, por no ser el inventor o sus causahabientes y habiéndose producido una transmisión de la misma en los términos del

mismo precepto. Se prevé entonces la posibilidad de que la persona que se considere legitimada por tal motivo (al haberle sido transmitido el derecho en cualquier forma) pueda solicitar la reivindicación de su derecho y consecuentemente de la titularidad de la patente (sin perjuicio de otros derechos o acciones que pudieran corresponderle). Siendo así, la presentación de la demanda será objeto de anotación en el Registro de patentes para su publicidad frente a terceros, así como la sentencia o cualquier acto de terminación del proceso, siempre y cuando así sea solicitado a instancia de parte interesada (art. 12,4).

Nos encontramos, pues, ante dos situaciones diferentes: una anterior a la concesión de la patente, que es la primera a la que nos hemos referido y cuyo objeto lo constituye el reconocimiento de un derecho preferente para su concesión, frente al del primer peticionario; otra, posterior a su concesión y que supone su impugnación, en términos de reivindicar un derecho que se considera anterior. Es decir, se considera en este caso, que el derecho existe ya sobre la base de un título de propiedad sobre el mismo, estimado como suficiente para reivindicar aquella concesión.

2. *Impugnación de la solicitud de una patente*

Presupone el caso en que cualquier persona que alegue un interés podrá solicitar ante los Tribunales la declaración de que el peticionario de una concesión de patente carece de derecho para ello. Es un supuesto deducible del número 3 del artículo 39, que literalmente nos dice así: «No podrá alegarse, sin embargo, que el peticionario carece de derecho para solicitar la patente (se refiere ante el Registro de la Propiedad Industrial), lo cual deberá hacerse valer ante los Tribunales ordinarios.»

Se trata de una situación que puede ser continente de una serie de posibilidades. En primer lugar, que el interesado lo sea en virtud de un derecho que estima preferente, en cuyo caso nos encontraríamos ante las previsiones del artículo 11 a las que anteriormente hacíamos referencia. En segundo, puede responder a un intento de evitar que la patente sea concedida a ese solicitante en concreto, alegando no un derecho preferente sino un simple interés. Ello es posible si nos atenemos al número 2 del artículo 39, en el que se establece que «cualquier interesado podrá oponerse a la concesión de la patente», refiriéndose a la alegación de defectos de forma e incluso de fondo y de los que habría de conocer el Registro de la Propiedad Industrial, conforme a lo preceptuado en la citada disposición; pero cuando se trate de la falta de derecho se nos dice, y así lo veíamos, habrá de acudirse ante los Tribunales ordinarios sin que ello altere esa especie de «acción popular» que en el precitado precepto se prevé, en línea con lo que en

materia de legitimación se prevé para el proceso contencioso-administrativo por el artículo 28-1 de su Ley reguladora.

3. *Determinación del precio a pagar por el monopolista en caso de concesión de una patente cuyo objeto esté sometido a monopolio y sólo pueda ser explotado por aquél*

En este caso, regulado por el artículo 58 se prevé que, dadas las circunstancias que en él se dicen, el monopolista habrá de satisfacer un precio por el derecho de explotación de la patente. Este podrá establecerse de mutuo acuerdo, pero en caso de no llegarse a él su fijación habrá de hacerse por resolución judicial, tal y como establece el número 2 del indicado precepto.

Esta misma vía es la que se ofrece para la circunstancia en que el monopolio se establezca posteriormente a la concesión de la patente, surgiendo como consecuencia para el concesionario el derecho a que el monopolista adquiera la empresa o instalaciones de la misma, por un precio que asimismo sería fijado de acuerdo mutuo, y en su defecto por resolución judicial. Son dos situaciones que se complementan ya que, en este segundo supuesto, para el concesionario surgiría tanto el derecho a exigir precio por la explotación como por las instalaciones, en su caso.

4. *Ejercicio de acciones para la protección del derecho de patente reconocido y concedido*

Una vez concedida la titularidad de una patente, de acuerdo a lo establecido por la Ley cuyo estudio nos ocupa, el artículo 62 de la misma nos dice, con carácter general, que su titular podrá: «ejercitar ante los órganos de la Jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia». De tal forma, el Título VII de la citada Ley se destina íntegramente a la regulación de esta protección procesal, que en el referido artículo se regula programáticamente; y así, cabe determinar que ésta consiste esencialmente en:

A) Indemnización de perjuicios.
B) Adopción de medidas cautelares.
C) Adquisición de la propiedad de objetos producidos en violación de la patente.
D) Publicidad de las resoluciones judiciales condenatorias de su infractor.

Todo este conjunto de medidas protectoras pueden adoptarse simultáneamente o ser, en su caso, objeto de solicitud en procesos independientes en función de las circunstancias tal y como cabe deducir de lo preceptuado en el artículo 63, especificativo de las medidas que el titular de la patente puede solicitar. Incluso su relación legal no hay que considerarla como exhaustiva, sino meramente orientativa, pudiéndose, por ello, solicitar otras distintas no expresamente previstas. Así lo deducimos de la expresión «... podrá, *en especial*, solicitar...»; es decir, podrían solicitarse otras medidas además de las que aquí se prevén.

Es sobre todo interesante la regulación que se hace en orden a la posible indemnización de perjuicios, pretensión que se considera prevalente tal y como permite deducir la cuidada regulación que de ella se hace, permitiéndose su ejercicio incluso antes de la concesión de la patente. Puede, pues, exigirse aquella indemnización concurriendo las siguientes circunstancias:

a) La utilización de la invención en el período de tiempo comprendido entre la fecha de publicación de la solicitud de su patente (en los términos establecidos por el artículo 32) y la de publicación de la mención de que ha sido concedida (hay que entenderlo referido a los supuestos previstos por los artículos 37 y 40).

La posibilidad de indemnización por tal motivo queda condicionada al hecho de que aquella utilización fuera de tal índole que hubiera estado prohibida tras la concesión de la patente (art. 59). Intenta mantenerse asimismo dentro de unos límites de comedimiento, dadas las particularidades que concurren, lo que se manifiesta en la indicación hecha al juzgador de que su cuantía debe ser «razonable y adecuada a las circunstancias».

Como peculiaridad cabe indicar que tal protección indemnizatoria se concede incluso antes de que hubiera tenido lugar la publicación de la solicitud de patente, frente a quien aquélla hubiera sido notificada en la forma a la que se refiere el artículo 46,1 por cuanto así se preceptúa por el artículo 59 en su número 2: «Esa misma protección provisional será aplicable aun antes de la publicación de la solicitud frente a la persona a quien se hubiera notificado la presentación y el contenido de ésta.»

b) La fabricación o importación de objetos protegidos por la patente, o la utilización del procedimiento patentado; en cualquier caso, sin el permiso de su titular (art. 64,1).

c) La realización defectuosa o presentación inadecuada en el mercado de la invención patentada, por parte de su infractor (art. 68).

d) Cualquier acto de explotación del objeto protegido, que no sean los anteriores, realizado por quienes hubieran sido advertidos de la

existencia de la patente por su titular y requeridos para su no realización, o en su actuación haya mediado culpa o negligencia (art. 64,2).

En cualquiera de los supuestos citados, y a los efectos de la determinación del alcance de los perjuicios causados, se prevé, en el terreno estrictamente procesal, la posibilidad de que el perjudicado pudiera exigir la exhibición de los documentos del responsable que pudieran ser útiles «para aquella finalidad» (art. 65). Nos parece que el legislador adolece de considerable ingenuidad introduciendo un precepto que es una copia casi literal del artículo 603 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya efectividad práctica ha venido demostrándose más que dudosa ante las dificultades que surgen en caso de negativa a la aportación del documento, o a la mera alusión a su desaparición o destrucción que lo convierten en una norma casi inútil.[18]

18. Son diversas las soluciones que en el terreno teórico han venido ofreciéndose para la solución del problema que surge en el momento en que uno de los litigantes se niega a aportar al proceso documentos obrantes en su poder, pero realmente ninguna alcanza auténticas repercusiones prácticas. Desde las meramente idealistas, centradas en la obligatoriedad puramente moral de presentación de aquellos documentos, pero sin decirnos qué sucede cuando tal obligación se incumple (así, MANRESA y NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.ª ed., Madrid, 1955, Tomo III, p. 512; y en un sentido similar GUASP DELGADO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, p. 585), hasta la de quienes consideran tal conducta como constitutiva del delito de desobediencia a la Autoridad Judicial del artículo 237 del Código Penal (así llegó a estimarlo la jurisprudencia en sentencia de 19 de febrero de 1881), aun cuando estimando que ello carecería de resultados útiles a los efectos del proceso y ofreciéndose la vía de la revisión si llegase a demostrarse que el requerido poseía efectivamente el documento que se niega a exhibir (PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ: *Exhibición de documentos en juicio*, en Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica procesal civil, Madrid, 1950, p. 175 y ss.). Incluso este mismo autor nos habla de una posible entrada en juego de la «ficta confessio» por vía analógica, pero siempre que quien solicita la exhibición pudiera aportar datos tanto sobre la misma existencia de los documentos como de su contenido (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, vol. I, p. 723).

Junto a las opiniones expuestas, cabe citar posturas mucho más radicales, cual puede ser la de VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1984, Comentario al artículo 603, p. 676), negando toda efectividad a este precepto por la consideración de que en caso de ser incumplido el requerimiento de exhibición no podría en modo alguno compelerse a ello por ser contrario (a su entender) al principio constitucional de que «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo». Y también pueden citarse opiniones, a nuestro modo de ver erróneas, como por ejemplo la de REUS: *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3de febrero de 1881. (Concordada y anotada con gran extensión)*, Madrid, 1881, vol. 2, p. 85, quien entiende que, en caso de no presentación voluntaria de los documentos podría acordarse a instancia de parte o para mejor proveer el reconocimiento de sus libros y papeles sin ser previamente citado para ello, conforme al artículo 571 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Solución para nosotros inviable, al referirse el precepto de remisión a documentos *ya obrantes* en autos.

Finalmente, hay que dejar indicado que la posibilidad de exigencia de los referidos perjuicios queda sometida a un plazo de prescripción, conforme al que su reclamación en vía judicial se reduce a cinco años contados a partir del momento en que la pretensión pudo ejercitarse (art. 71). De la misma manera, solamente serán objeto de ésta los perjuicios derivados de hechos acaecidos en el período de los cinco años anteriores a la fecha de presentación de la correspondiente demanda (art. 71,2).

5. *Declaración de nulidad de una patente*

La declaración de nulidad de una patente de invención puede producirse por la concurrencia de cualquiera de las causas expresamente relacionadas en el artículo 112 de la Ley y afectarla de manera total o parcialmente, tal y como en el indicado precepto se establece.

Ahora bien, la posibilidad del ejercicio de esta pretensión queda regulada por la normativa contenida en el artículo 113, estableciendo las particularidades siguientes para su planteamiento en vía judicial:

A) Legitimación.

a) Desde el punto de vista activo corresponde a quienes se consideren perjudicados por la patente. Circunstancia meramente subjetiva que debería avalarse con un mínimo principio justificativo a aportar junto al correspondiente escrito de demanda, sin perjuicio de la práctica de la pertinente prueba en el transcurso del proceso.

Asimismo tal legitimación se concede:

— A la Administración Pública, en cualquier caso.
— Y a quienes se consideren legitimados para obtener la patente que se pretenda impugnar, por la consideración de que su titular carecía de derecho para obtenerla (art. 112,1 d), en relación con el 10,1).

b) Pasivamente se atribuye, de acuerdo con el número 3 del artículo 13, «a quien sea titular registral de la patente, en el momento de la interposición de la demanda».

Se prevé no obstante la notificación de aquélla a cualquier persona que aparezca como titular de derechos derivados de la patente e inscritos en el Registro «con el fin de que puedan personarse e intervenir

Tampoco la jurisprudencia se ha manifestado de modo explícito, llegando a calificar la conducta de quien se niega a la exhibición de documentos obrantes en su poder de «anómala» (S 10 de diciembre de 1956), «sospechosa» (S 21 de mayo de 1963) o «inverosímil» (S 24 de marzo de 1942), pero si ofrecer una solución concreta al problema.

en el proceso» (art. 113,3). Se plantea, al igual que en otros supuestos que examinamos con anterioridad, una intervención litisconsorcial, en defensa de la legitimidad de la patente (ver cita 8).

B) Excepciones oponibles.

Recoge el artículo 114,4 la de cosa juzgada derivada de resoluciones dictadas en vía contencioso-administrativa sobre cuestiones en que los órganos jurisdiccionales de este orden hubieran tenido ocasión de pronunciarse, y siempre que la causa de nulidad fuera la misma en ambos supuestos. Así lo dice el referido precepto: «No podrá demandarse ante la jurisdicción civil la nulidad de una patente, invocando la misma causa de nulidad que hubiera sido ya objeto de pronunciamiento, en cuanto al fondo de la cuestión, en sentencia dictada en vía contencioso-administrativa.»

Se trata de una situación que responde a las previsiones legales, conforme a las que la resolución del Registro de la Propiedad Industrial otorgando una patente puede ser objeto de proceso contencioso-administrativo, conforme al artículo 47 de la Ley, pero sólo por unas motivaciones muy concretas a las que éste se refiere (Omisión de trámites esenciales del procedimiento; cuestiones que pueden ser resueltas por la Administración durante el procedimiento de concesión, excepto las relativas a la unidad de invención, núm. 2). Siendo esto así y si ante los Tribunales del orden civil se ejercitase pretensión de nulidad de una patente, basada en alguno de aquellos motivos que ya fueron objeto de pronunciamiento jurisdiccional dándose las identidades del artículo 12552 del Código Civil (entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron), el Juez no deberá pronunciarse de nuevo sobre ellos, lo que deberá dar lugar a la desestimación de la demanda (si se basó exclusivamente en uno de los referidos) a través de una sentencia de absolución en la instancia, o a respetar los pronunciamientos de la dictada en vía contencioso-administrativa en cuanto al motivo concreto de que en aquélla se conoció, cuando sean además de aquél, otros los motivos alegados como fundamento de la pretensión de nulidad. Es decir, la eficacia de cosa juzgada de esa resolución podría jugar tanto en un sentido negativo como positivo.[19]

19. Sobre el efecto positivo y negativo de la cosa juzgada es especialmente interesante el estudio de CARRERAS LLANSANA: *Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español*, en Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, 1958, p. 518, y en Estudios de Derecho Procesal (con FENECH) Barcelona, 1962, p. 285. Con carácter general, pueden verse también: CALDERON, M: *La función negativa de la cosa juzgada*, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1906, núm. 108, p. 369 y núm. 109, p. 5; GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Teorías de la cosa juzgada*, Madrid, 1931; PIETRI, A.: *Los efectos de la cosa juzgada*, en Revista de Derecho y Legislación, Caracas (Venezuela), 1951, p. 487; PRIETO

C) Eficacia de las resoluciones.

Por lo que se refiere a la eficacia de las resoluciones dictadas en esta clase de procesos, el artículo 114,3 se la otorga «*erga omnes*» en el momento de su firmeza. De tal forma, la cosa juzgada derivada de las mismas podrá hacerse valer incluso por terceros, frente a los que se ejercite acción por presunta violación de derechos derivados de una patente cuya nulidad hubiera sido judicialmente declarada. Así nos lo dice el artículo 126: «La persona frente a la que se ejercite una acción por violación de los derechos derivados de una patente podrá alegar, en toda clase de procedimientos, por vía de reconvención o por vía de excepción, la nulidad total o parcial de la patente del actor, de acuerdo con las normas del Derecho procesal común...».

6. *Supuestos peculiares*

Incluimos aquí un conjunto de posibles situaciones litigiosas que nos ha parecido oportuno agrupar bajo el calificativo de peculiares, por parecernos así sus características.

A) *Autorización judicial para la transmisión de una patente indivisa*

Prevé el artículo 72,3 de la Ley de Patentes la existencia de comunidad proindivisa sobre una patente y su posible transmisión a un tercero, de acuerdo con lo preceptuado con carácter general por el artículo 74.

En tal supuesto, nos dice el precitado precepto, la concesión deberá otorgarse conjuntamente por todos los partícipes, aunque excepcionalmente podrá facultarse judicialmente a alguno de ellos para aquel otorgamiento. Dándose la segunda situación y conforme a la indicada norma, el Juez deberá resolver basándose en razones de equidad. Ello supone introducir peculiaridades en el artículo 397 del Código Civil por cuanto en él se exige, en cualquier caso, el consentimiento de todos los partícipes para situaciones que supongan cualquier tipo de alteración o modificación en el régimen comunal; habría de considerarse, pues, como disposición especial en los términos del artículo 392 del mismo Cuerpo legal.

CASTRO: *Cosa juzgada*, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, 1943, p. 424; CARNELUTTI, F.: *Eficacia directa y eficacia refleja de la cosa juzgada*, en Estudios de Derecho Procesal, Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952, vol. II, p. 345; DEVIS ECHANDIA, H.: *De la cosa juzgada en Derecho Procesal*, en Rev. de Dcho. Procesal Iberoamericana, 1963, p. 201; MUÑOZ ROJAS, T.: *Anotaciones en torno a la cosa juzgada*, en Rev. de Dcho. Procesal Iberoamericana, 1970, p. 821; LIEBMAN, E. T.: *Efficacia ed autorità della sentenza (Ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milán, 1983.

B) *Declaración de la infracción del principio de buena fe*

Regula el artículo 86 la posible concesión de licencias obligatorias para explotación de una patente, concurriendo alguno de los supuestos a los que el mismo se refiere (40). En tal caso y concedida la licencia nos dice el artículo 102: las relaciones que con tal motivo mantengan el titular de la patente y su licenciatario «deberán ser presididas por el principio de buena fe».

De producirse la infracción de ese principio, ello podría aparejar una reducción en el importe de la regalía que por la licencia debe abonarse, conforme a lo establecido por el artículo 97,3, siempre y cuando hubiera sido llevada a cabo por el titular de la patente y declarada por sentencia la infracción. Es decir, conforme al planteamiento legal, el licenciatario podría dirigirse a los órganos jurisdiccionales ejercitando pretensión única solicitando una sentencia meramente declarativa por la que se manifestase producida la infracción que se entienda cometida a aquel principio.

Cabe no obstante la posibilidad de que tal declaración se produzca en otro proceso, en el que aquella pretensión podría ejercitarse de manera accesoria a la principal. En cualquiera de los supuestos citados, la sentencia firme continente de tal declaración serviría de base para la solicitud al Registro de la Propiedad Industrial en la reducción de la regalía.

C) *Solicitud de declaración de legitimidad de actuaciones en relación con una patente*

Se trata de una particular situación, prevista y regulada por el artículo 127 de la Ley, inspirada evidentemente en la intencionalidad última de evitar innecesarias situaciones litigiosas, cuando existan dudas acerca de la posible oponibilidad de determinadas actuaciones con los derechos derivados de una patente registrada. Su naturaleza es, pues, esencialmente preventiva y su finalidad la consecución de una sentencia meramente declarativa, cuya eficacia sería la de impedir que el titular de la patente pudiera ejercitar cualquier tipo de acción derivada de la misma contra quien desarrollara actividades que hayan sido judicialmente declaradas legítimas, en relación con aquélla. Así pues, podría, en su caso, excepcionarse la existencia de la resolución en que así se declarase, siempre que concurrieran las necesarias identidades procesales, y de no ser así podría aquélla utilizarse como prueba documental.

Se condiciona no obstante el ejercicio de una pretensión de tales características al principio de buena fe, que debe presidir toda rela-

ción jurídica. Y así, se niega legitimación a quien con anterioridad hubiera sido demandado por la violación de la patente de que se trate; ello es obvio, pues si en aquel proceso es absuelto, la declaración que derivaría de éste es innecesaria, y si se declarase que sus actuaciones infringían la patente, la cosa juzgada de la resolución jugaría en este proceso siendo vinculante para el Juez, dándose lugar asimismo a su innecesaria utilización.

Se prevé, por otra parte, que su actuación se lleve a cabo no ya como pretensión independiente, sino acumulada a la de nulidad de la patente. Así nos lo dice el número 6 del artículo 127: «La acción a que se refiere el presente artículo podrá ser ejercitada junto con la acción para que se declare la nulidad de la patente.» Se trataría, pues, de un supuesto de acumulación a la que Prieto Castro denomina eventual,[20] en el que la pretensión principal sería la de solicitud de nulidad de la patente, y en el caso de su desestimación, jugaría la de declaración de compatibilidad de aquélla con las actuaciones del demandante.

No existe ninguna peculiaridad procedimental en relación con las normas generales que en su momento veíamos, pero sí que se establece un requisito de admisibilidad para la demanda traducido en un previo requerimiento notarial al titular de la patente para que, conforme nos dice el número 2 del precitado artículo, «se pronuncie sobre la oponibilidad entre la misma y la explotación industrial que el requirente lleve a cabo sobre territorio español, o frente a los preparativos serios y efectivos que desarrolle a tales efectos». Y aquí se nos plantea una cuestión que no aparece demasiado clara, por lo menos para nosotros, y que puede traducirse en este interrogante: ¿Debe cumplimentarse también ese requisito cuando se ejercite esta pretensión conjuntamente con la de nulidad de la patente, en la forma que anteriormente veíamos? Creemos que se trata de dos cuestiones distintas cuyo tratamiento puede ser asimismo diferente y ello por lo consiguiente: si se actúa la declaración de inoponibilidad como pretensión previa e independiente, se está intentando, según dijimos, evitar una posible situación litigiosa que pudiera darse en un futuro; pero si se realiza subordinadamente a la pretensión principal de nulidad de la patente, la *litis* ya está trabada, y con ello desaparece, de principio, la propia razón de ser de esta posibilidad legal. No queremos decir con esto que el demandado no deba manifestarse con respecto a la opinibilidad o no de las actuaciones del demandante en relación con su patente, pero

20. Prieto Castro y Ferrándiz, L.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, vol. I, p. 472. En general sobre Prieto Castro, L.: *Acumulación de acciones*, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1964, p. 141, y en Rev. de Dcho. Procesal Iberoamericana, 1956, p. 11, entre otros.

esto puede hacerse dentro del proceso principal, máxime cuando va a seguirse para su tramitación una vía en la que se prevé una comparecencia cuya finalidad primaria es la de lograr un acuerdo entre las partes (art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sobre esta base, el demandante podría, en su escrito de demanda, hacer la petición expresa de que el demandado se manifestara sobre este punto, lo que podría hacerse precisamente en aquel momento procesal. Por otra parte, pensamos que esto puede ser de esta manera por cuanto, si hubiera de efectuarse el requerimiento notarial en los términos a los que la Ley se refiere, la postura pasiva del demandado podría condicionar la demanda de nulidad, limitándose a no contestarle, lo que daría lugar a que hubiera de dejarse transcurrir el plazo de treinta días que en su momento veremos, pues de no ser así la demanda no sería admitida. A no ser que se presentara una demanda principal de nulidad, con eventual ejercicio de la acción de inoponibilidad y, posteriormente o al tiempo, se hiciera aquel requerimiento, lo que podría dar lugar a una inadmisión parcial de la demanda, en tanto no fuera formalmente aportado al proceso.

Centrándonos en el supuesto del requerimiento previo, y una vez cumplimentado, pueden producirse las situaciones siguientes:

a) Que el requerido conteste al requerimiento manifestando su conformidad con él, en el sentido de estimar que no se produce oponibilidad ninguna entre su patente y las actuaciones del requirente. Entonces hay que entender, aun cuando nada se dice expresamente al respecto, que nos encontramos ante una declaración documentada por fedatario público en los términos del artículo 1216 y ss. del Código Civil, que podrá en su caso hacerse valer en un posible proceso, no lógicamente como excepción sino como prueba en su defensa.

b) Que el requerido manifieste asimismo su conformidad, pero en términos que el requirente no considere admisibles.

c) Que el requerido manifieste expresamente su disconformidad con el requerimiento.

d) Que no conteste al mismo, en cuyo caso se presume su tácita disconformidad.

En estos últimos supuestos queda abierta la vía judicial aun cuando, en el *d*) deberá transcurrir un mes desde la fecha en que el requerimiento se hizo sin haberse producido contestación al mismo.

La demanda, al igual que en el caso de nulidad de patente, deberá ser notificada a todos quienes tuvieran alguna titularidad sobre derechos derivados de aquélla, a los efectos de su posible intervención en el proceso; intervención que, como aquélla, hay que configurar como litisconsorcial (ver cita 9). No se permite, sin embargo, la personación

en el proceso de licenciatarios contractuales si así apareciera expresamente prohibido por su contrato de licencia.

Hacemos finalmente notar la innecesariedad del número 4 del artículo 127, que nos dice: «Si el demandante prueba que la actuación a que se refiere su demanda no constituye una violación de la patente, el Juez hará la declaración referida.» Nos parece, por su propio contexto, un precepto totalmente vacío de contenido al incidir directamente en lo que es el propio desarrollo de la función jurisdiccional que no precisa de estas previsiones legales.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

ANDRIOLI, V. - BARONE, C. M. - PEZANO, G. - PROTO PISANI, A., *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli Editore (Bologna), Il Foro Italiano (Roma), 1987, XVI, 1416 páginas.

Estudio sistemático del proceso laboral italiano a cargo de cuatro primeras figuras. La obra aparece profundamente documentada y es un verdadero compendio exhaustivo sobre la materia.

ARROYO, Ignacio (Dir.), *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. v, Barcelona, 1987 (Librería Bosch, Ronda de Universidad 11), XI, 720 páginas.

Parece un hecho natural, sin importancia, la publicación de un nuevo volumen del *Anuario de Derecho Marítimo*. Mas no lo es, sin embargo. La continuidad es ahora la mejor virtud porque la densidad e importancia de la obra ya está suficientemente acreditada en el ámbito internacional. Las revistas internacionales más conocidas han publicado ya recensiones, siempre positivas, que ponderan el esfuerzo desplegado por el profesor Ignacio Arroyo, fundador y director de la publicación.

Como en volúmenes anteriores, este quinto se divide en diez secciones. La primera doctrinal contiene artículos sobre el fraude marítico de Ignacio Arroyo, la investigación científica marina y el nuevo derecho del mar desde la perspectiva española del profesor Manuel Pérez González, catedrático de Derecho internacional en la Universidad de Santiago de Compostela y los Derechos de los Estados sin litoral en situación desventajosa en la zona económica exclusiva del profesor Antonio Martínez Puñal.

La sección de varia contiene igualmente artículos de naturaleza doctrinal, aunque algunos sean cuestiones más prácticas. Sin embargo, bien pudieran incluirse en la sección anterior. Enumerando los temas se encontrarían tratadas las siguientes cuestiones: limitación de responsabilidad en el Derecho argentino, aparato flotante inscrito en el Registro Mercantil, arbitraje extranjero y medidas cautelares en España y algunas reflexiones sobre el seguro marítimo español, trabajo este último debido a la pluma del profesor Ignacio Arroyo.

La tercera sección sobre Derecho comparado ha mantenido el elevado nivel de participación de los volúmenes anteriores. En esta ocasión se in-

corpora el Derecho de algunos países que no figuraban anteriormente, tal es el caso de Japón. Se ofrece en los once reseñados, la evolución de la legislación, la jurisprudencia y la bibliografía marítima durante el año 1985.

Organismos relacionados con el tráfico marítimo es la parte cuarta del Anuario. Dividida en dos secciones, los organismos internacionales recensionados son ocho. La simple enumeración dispensa todo comentario: UNCTAD, OMI, OIT, CMI, FIATA, UNIDROIT, OCDE y BIMCO. De otro lado, los organismos nacionales, además de la Asociación Española de Derecho Marítimo, se da cuenta de la creación y actividades del Instituto Marítimo Español.

La legislación y crónica parlamentaria de la parte quinta ofrece al lector el panorama completo de todas las incidencias legislativas y paralegislativas referentes al Derecho marítimo durante 1985. Importa advertir que bajo la rúbrica de Práctica internacional marítima, al cuidado de un grupo de profesores de Derecho internacional, se da cumplida satisfacción de los proyectos de Ley, proposiciones, censuras y preguntas al gobierno referidas a la actividad marítima de ámbito nacional e internacional.

Siempre tan completa la parte quinta sobre Jurisprudencia. Todas las sentencias del Tribunal Supremo debidamente sistematizadas, acotadas y ordenadas dictadas durante 1985 se ofrecen a lo largo de casi un centenar de páginas. Por lo que toca a las Audiencias se reproduce el cuerpo de doctrina mantenido por las Audiencias de Barcelona, Bilbao, Madrid, Sevilla y Valencia.

Tampoco ha faltado en este tomo la habitual sección de Crónicas y Noticias. Veintidós es el números de los titulares que cubren datos e informaciones de interés para el Derecho marítimo: ratificaciones de convenios, constitución de asociaciones u organismos de interés marítimo, publicación de documentos o contratos tipo, reuniones de trabajo, etc., son alguna de las cuestiones más habituales de la parte séptima.

La Documentación siempre tiene interés porque reproduce íntegramente textos de difícil localización o bien publicados que por su singular importancia aconsejan la inserción en el tomo. Cabalmente eso sucede en esta ocasión: el ADM reproduce con la debida autorización el Texto de las Comunidades Económicas Europeas titulado «Hacia una política común de los transportes», en la parte que interesa al transporte marítimo.

La sección Bibliografía es ciertamente completa. Dividida en dos grandes apartados, libros y revistas. Entre los libros destacan a su vez las recensiones, las noticias y los títulos publicados durante 1985, tanto nacionales como extranjeros. El capítulo de revistas recoge el título de los artículos publicados en trece revistas periódicas por lo que puede decirse sin hipérbole que el lector encontrará cumplida y completa información de la producción bibliográfica más relevante. Termina el volumen con los copiosos Indices de buques citados, casos citados y sentencias citadas, cuya simple lectura permite adentrarse en la densidad de la obra.

RAUL BRAVO VOCOS

Código de Procedimiento Civil, Legislación Económica C.A., Caracas, Venezuela, 246 páginas.

Como indica la propia Exposición de Motivos del nuevo Código de Procedimiento Civil venezolano, se sentía en esta nación la necesidad de adecuar un ordenamiento procesal civil que ya no respondía a las necesidades sociales actuales y que en vez de potenciar el desarrollo del país era más bien un factor de entorpecimiento. Por esa razón se consideró necesario lanzarse a la reforma del Código de Procedimiento Civil, el cual había permanecido prácticamente inalterado desde 1926, fecha de la última reforma. En este libro se recoge el nuevo Código de Procedimiento Civil de Venezuela, que entró en vigor en septiembre de 1986.

En el actual Código, el legislador ha preferido permanecer dentro de la línea de la tradición venezolana y mantener el sistema escrito, así como la estructura del Código que se derogaba, sin perjuicio de introducir en algunas materias concretas el juicio oral, con el fin de contribuir a la creación de una experiencia forense que permita en el futuro, si esta experiencia lo aconseja, la extensión del juicio oral a otros ámbitos.

El Código se divide en una Exposición de Motivos inicial a la que sigue un Título Preliminar comprensivo de las Disposiciones Fundamentales que recoge los principios rectores del procedimiento con validez en todas las instituciones del proceso civil. A continuación se inicia el Libro Primero en el que se contemplan en nueve Títulos las Disposiciones Generales aplicables al procedimiento civil, así, por ejemplo, el Título Primero se dedica a los órganos judiciales o el Cuarto a los actos procesales. El Libro Segundo se ocupa del procedimiento ordinario en sus diferentes fases, refiriéndose en último lugar de la ejecución de la sentencia. El procedimiento cautelar y los incidentes son la materia que desarrolla el Libro Tercero. Por último, el Libro Cuarto se enfrenta con los procedimientos especiales. Este último Libro es divide en dos partes: la primera dedicada a los procedimientos especiales contenciosos, y una segunda destinada a la jurisdicción voluntaria.

J. F.

COING, H., *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, Verlag C. H. Beck, München, 1985, XVI, 665 páginas, 138 DM.

Obra sólida y sistemática sobre el Derecho común, de lectura imprescindible incluso también para temas españoles. Un gran maestro de la historia del Derecho en la línea de los clásicos que perduran en el tiempo.

ESER, Albin, *Einführung in das Strafprozessrecht*, Verlag Beck, München, 1983, 288 páginas.

Una doble originalidad tiene la Introducción al Derecho Procesal Penal del profesor Albin Eser, Director del Instituto Max Planck de Derecho

Penal de Friburgo (República Federal Alemana). En primer lugar, el ser un libro que sirvió de base para el programa de una cadena de la televisión alemana que en 13 films explicaban todo el desarrollo de las distintas fases de un proceso penal y sus diversas vicisitudes. En segundo lugar, que el libro se dirige por tanto a un público no versado necesariamente en Derecho y ello repercute en su estructura.

En efecto, tras una advertencia para el estudio, la obra se articula en 13 grandes temas o capítulos que guardan estrecha relación con la película visionada y que llevan por título: 1. Naturaleza y desarrollo del proceso penal. Posición jurídica del inculpado. 2. Medidas cautelares en la fase de instrucción. 3. El juicio oral. Derechos y obligaciones de las personas intervinientes en el procedimiento. 4. Averiguación y castigo de los delitos por alcoholismo. 5. Principios procesales fundamentales: el juez legal; publicidad; oralidad; inmediación. Prohibiciones probatorias. 6. Medios de impugnación. Composición del Tribunal. Costas procesales. 7. Prisión provisional. La defensa. 8. Los testigos en el proceso penal. 9. Participación del perjudicado en el procedimiento penal. 10. Escabinos en el proceso penal. Deliberación de las Sentencias. 11. Sanciones penales. Los menores en el proceso penal. 12. Contravenciones o ilícitos administrativos. Procedimiento para la imposición de una multa por infracciones administrativas. 13. La justicia privada. La cosa juzgada.

A continuación el autor ofrece una panorámica general que remite ya ordenadamente aquellos grandes temas a una visión sistemática del proceso de la forma siguiente: 1. Fase de instrucción. 2. El juicio oral de primera instancia. 3. Medios de impugnación. 4. Partes e intervinientes. 5. Consecuencias jurídicas del hecho. 6. Participación del perjudicado en el procedimiento penal. 7. Procedimientos especiales. 8. Costas procesales.

En cada uno de los 13 capítulos, el profesor Eser expone de forma concisa y ordenada los fundamentos legales y las resoluciones jurisprudenciales de mayor significación que solucionan los principales problemas planteados. Además, y como profundización en el estudio de los mismos, al final de cada uno de aquéllos incluye unas advertencias y remisiones sobre la película-base, una seleccionada bibliografía y unos ejercicios con preguntas cuya correcta solución se dan al final del volumen. Contiene también la obra dos cuidados y útiles índices. Uno de disposiciones legales y otro de materias.

Los propósitos de esta Introducción al Proceso Penal del profesor Eser quedan, pues, suficientemente resaltados, y creemos que ha logrado plenamente, con un método didáctico nuevo, hacer accesible y comprensible el desarrollo del proceso penal a un mayor círculo de ciudadanos, lo que constituye un gran mérito.

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI

FÁBREGA P., Jorge, *El objeto litigioso. El principio de la inmutabilidad del proceso*, Ediciones Fábrega, Panamá, 1985, 197 páginas.

Esta obra gira en torno a dor grandes temas que ya vienen enunciados en su propio título: El objeto del proceso y el principio de inmutabilidad del proceso. En primer lugar, se pone de manifiesto en el libro el interés no sólo teórico sino también práctico que tiene el tema del objeto del proceso y, después de señalar las dificultades que encierra pronunciarse sobre esta noción, se delimitan aquellas características que considera el autor que definen el objeto del proceso. Una vez fijado el concepto del proceso, se examina la validez del principio de inmutabilidad del proceso, tema en que se llega a la conclusión de que, en la actualidad, y a tenor de lo dispuesto en los Códigos Latino-americanos, dicho principio queda muy atenuado, apercibiéndose en las normas más modernas una tendencia a apartarse progresivamente del principio de inmutabilidad.

J. F.

FAZZARALI, Elio, *Introduzione alla giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1984, XII, 143 páginas.

Como el mismo autor reconoce, su línea de pensamiento cabe encuadrarla dentro del positivismo jurídico. A partir de esta premisa, se comprende que el objeto de esta obra sea examinar la relación que existe entre el Derecho y la Jurisprudencia. Sin embargo, la noción de Jurisprudencia de la que parte es distinta a la tradicional en cuanto con este término no se identifica la doctrina que establecen los Tribunales, sino que se designa la fijación y aplicación de las normas por los juristas en general.

El primer capítulo de los cinco en que se divide esta obra sirve para sentar las bases sobre las que se va a trabajar en los capítulos siguientes. Trata concretamente el concepto de Derecho, la relación entre Derecho y Jurisprudencia, la actividad jurisprudencial y la naturaleza de la Jurisprudencia. Dos son las principales funciones que se atribuyen a la Jurisprudencia: En primer lugar, la fijación de la norma, y, en segundo término, su aplicación. Los tres capítulos siguientes se ocupan de profundizar, por un lado, en la función de interpretación y, por otro, en la actividad de aplicación de la norma que se centra en el estudio del juicio. El último capítulo recoge las conclusiones.

J. F.

GRABITZ, E., *Kommentar zum EWG - Vertrag*, Verlag C. H. Beck, 2.ª edición de la obra básica, mayo de 1986, 1.790 páginas aproximadamente, 480 DM.

La obra se presenta con un sistema de hojas cambiables que permiten las sucesivas puestas al día. Es sin duda uno de los comentarios fundamentales en materia de Derecho comunitario, dirigido por el profesor Grabitz y redactado por 24 especialistas en cada tema. Esta edición incluye la adhesión de España y Portugal. La obra maneja asimismo la jurisprudencia del Tribunal CEE.

GRÜTZMACHER, R., *Der internationale Lizenverkehr*, Verlagsgesellchaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1985, 7.ª edición, 280 páginas, 98 DM.

Exposición sistemática de los contratos de licencia y asistencia técnica, que tanto desarrollo han tenido en los últimos años en las relaciones de países industrializados con otros en vías de mayor o menor desarrollo. A destacar los datos correspondientes a 75 países, entre ellos España.

HASTIE, R.; PENROD, S., y PENNINGTON, N., *La institución del Jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades*, Madrid, Civitas, 386 páginas, 1986.

Obra informativa, de indudable actualidad entre nosotros en un momento en que todavía no se ha optado por un modelo de jurado. A destacar los enfoques sociológicos y valorativos de la experiencia americana.

HATTORI, T. - HENDERSON, D. F., *Civil procedure in Japan*, Matthew Bender, 1983.

Presentación del sistema procesal japonés en idioma inglés, en el marco de los proyectos investigadores de la Columbia University School of Law. En los doce capítulos de la obra se abordan sistemáticamente todas las instituciones del sistema procesal japonés: desde la organización judicial, pasando por las diversas etapas del procedimiento ordinario, hasta el auxilio judicial internacional. Completan la obra diversos apéndices de fuentes, incluido un glosario japonés-inglés.

KREUZER, K., *Ausländisches Wirtschatsrecht vor deutschen Gerichten*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 100 páginas, 1986, 39 DM.

El ensayo se pronuncia por la aplicabilidad del Derecho económico extranjero por los Tribunales nacionales, combatiendo las tesis mayoritarias hasta la fecha en la práctica germana.

Les Garanties Bancaires dans les Contrats Internationaux, Feduci, 525 páginas.

En la obra se contienen los trabajos que sirvieron de base a un Coloquio celebrado en Tours los días 19 y 20 de junio de 1980. Cualquiera que se asome al contenido del libro sentirá desvanecerse sus esquemas clásicos de las garantías típicas de nuestros ordenamientos. La práctica internacional ha encontrado siempre trajes a medida para cada ocasión, al margen de que las figuras estuvieran o no tipificadas como tales en los Códigos al uso.

Le lettres de Patronage, Feduci, con aportaciones de M. BELLIS, COIPEL, J. LE BRUN, Y. POULLET y Ch. VAN WYMEERSCH, Paris, s.f., 434 páginas.

Las cartas de patrocinio tienen en la práctica bancaria un desarrollo impresionante. Los términos deliberadamente lábiles en que están redactadas no impiden extraer consecuencias jurídicas de muchas de ellas. La obra es un esfuerzo sistemático por compendiar la flora existente y analizarla dogmáticamente. La obra es realmente seria y práctica a la vez. recogiendo 57 modelos de las cartas más usuales.

Les Sûretés, Feduci, 1984, 595 páginas.

Se recogen en este volumen los materiales de un Coloquio celebrado en Bruselas los días 20 y 21 de octubre de 1983, bajo los auspicios de la Fundación para el Estudio del Derecho y de los Usos del Derecho Internacional (FEDUCI). El elenco de temas tratados comprende, desde la perspectiva de los Derechos francés y belga, las garantías reales y personales, así como las formas más sutiles que se presentan en la práctica del Derecho internacional privado. Los trabajos no se ciñen a lo que pudieran considerarse garantías en sentido estricto, sino que examina el uso de otras instituciones con la misma finalidad.

MONTESANO, Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, UTET, Torino, 1985, XII, 272 páginas.

El profesor de Roma indaga en este trabajo sobre el papel que cumple la jurisdicción en la tutela de los derechos. Su investigación le lleva a estudiar la función de la jurisdicción. A este fin, realiza un detallado examen de aquellas instituciones procesales que plantean mayores problemas en relación a la naturaleza de la jurisdicción o bien que pueden ayudar a comprender mejor esta difícil materia. En este sentido, el autor se hace, entre otras preguntas, la de la naturaleza que cabe atribuir a la conciliación ante el órgano jurisdiccional o la que cabe predicar del arbitraje. También se pueden encontrar en esta obra referencias a otros grandes conceptos procesales distintos al de jurisdicción, como por ejemplo al de acción, lo cual es inevitable dada la estrecha interrelación que existe entre ellos.

J. F.

MÜLLER, H., en colaboración con HÖK, G., *Einzug von Auslandsfordemungen*, Göttingen, Wire Verlagsgesellschaft, 532 páginas, 1986, 120 DM.

Obra de eminente carácter práctico sobre el abc de las reclamaciones de cantidad en relación con clientes extranjeros. Exposición sumaria de los procedimientos, formularios de bufete y judiciales y textos legales componen la oferta, que no cabe duda de que resulta útil.

SCHÜTZE, R. A., *Deutsches internationales Zivilprozessrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1985, XXIV, 317 páginas.

Exposición compendiosa, pero completa, sobre la materia. El método adoptado es esquemático, pero el aparato bibliográfico que aporta es suficiente para ulteriores estudios.

The Guide to American Law, Everyone's Legal Encyclopedia, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, tomo I, 1983, XLIV, 481 páginas.

Primer tomo de una enciclopedia jurídica concebida no en plan científico sino de divulgación. Útil introducción para profanos al mundo jurídico norteamericano. Excelente y cuidadosa presentación tipográfica sin escatimar medios.

Vertragsgestaltung bei Kaufverträgen unter Ausländischem Recht zur Ausarbeitung von Exportbedingungen. GRAUPNER, R., London; ROEHM, E., New York; BREITENSTEIN, D., Paris; STUBER, W., y GUMBERT, R., Sao Paulo; ALLMENDIGER, K., Köln; NEUMANN, W., München; dirigidos por MOECKE, H. J., Köln. Bundestelle für Aussenhandelsinformation, Köln, 1985, 25 DM.

Información práctica que pasa lista a las cláusulas tipo en los contratos de compraventa internacionales. El libro está a medio camino entre los formularios y los trabajos científicos. Pero no cabe duda de que es un valioso auxiliar para todo el que tenga que habérselas con la contratación internacional.

WALTER, D., *Die Mareva-Injuction*, Frankfurt, Fritz Knapp Verlag, 228 páginas, 1986, 41,50 DM.

Sin exageración puede decirse que los anglosajones descubrieron en 1975 el embargo preventivo. Con el caso Mareva Compañía Naviera v. International Bulkcarriers se abrió una nueva era destinada a revolucionar los mecanismos de protección cautelar, hasta entonces anquilosados. El libro, mecanografiado, cuenta la historia de cómo surgió el problema y sus repercusiones jurisprudenciales en los últimos diez años.

WIESBAUER, B., *Internationales Insolvenzrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhadlung, Wien, 1986, XVI, 174 páginas, 392 ASh.

Interesantísima publicación en forma de Código que recoge las principales disposiciones austriacas en materia concursal, así como los Convenios internacionales en la materia.

ZAHN, P. H., *Geschäftseiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften in Frankreich*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 303 páginas, 1986, 98 DM.

El tema de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles es todavía un desideratum, si nos atenemos a la práctica procesal española. Queda un largo camino por recorrer si efectivamente quiere llegarse a la implantación de un sistema eficaz. La obra, aunque referida al Derecho francés, sirve de inmejorable punto de referencia para ver qué es lo que podría dar de sí el tema en la práctica, si de una vez pusiéramos en marcha los preceptos del Código de Comercio y de la LSA relativos al tema.

1987: NAFPLION (GRECIA), 5-10 OCTUBRE

La W.V.f.I.V.V.Sch., con sede en Würzburg, organiza en colaboración con el Instituto de Estudios de Derecho Procesal de Atenas un congreso, a celebrar en la ciudad griega de Nafplion del 5 al 10 de octubre de 1987.

En la organización del congreso participan las Facultades de Derecho de las Universidades griegas, la Asociación de Procesalistas griegos, la Asociación de Jueces y Fiscales, la Asociación de Estudios Judiciales y el Colegio de Abogados de Atenas y Nafplion.

Los temas que se debatirán en el congreso son los siguientes:

a) *El extranjero en el proceso*
Ponentes: Prof. Dr. Gottwald / Regensburg
Prof. Dr. Klamaris / Atenas

b) *La UNCITRAL - Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Derecho Nacional*
Ponentes: Prof. Dr. Herrmann / Viena
Prof. Dr. Calavros / Comotini

c) *La valoración de la prueba*
Ponentes: Prof. Dr. Baumgärtel / Colonia
Prof. Dr. Kargados / Comotini

INFORMACIÓN: Dr. Kostas Beys
Catedrático de la Universidad de Atenas
Solonos str. 74
106 80 Atenas

1988 RÍO DE JANEIRO (BRASIL): 23-28 mayo

XI JORNADAS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

Organizadas por el «Centro de Estudios Pesquisa e Atualização de Direito» de Río de Janeiro y bajo la orientación técnica de los profesores miembros del Instituto, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Sergio Bermúdez, se han proyectado las póximas Jornadas conforme a los siguientes detalles:

TEMAS Y PONENTES:

Medios de aumentar la eficacia del servicio de Justicia

Relatores: Internacional: Prof. Roberto Berizonce (La Plata, Argentina).
Nacional: Prof. Sergio Bermúdez (Río de Janeiro, Brasil).

Protección procesal de los derechos fundamentales

Relatores: Internacional: Prof. José Ovalle Favela (México).
Nacional: Prof. Celso Agrícola Barbi (Belo Horizonte, Brasil).

Medidas cautelares innominadas

Relatores: Internacional: Prof. Arístides Rengel Romberg (Caracas, Venezuela).
Nacional: Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragao (Curitiba, Brasil).

Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal

Relatores: Internacional: Prof. Pedro Aragoneses (Madrid, España).
Nacional: Prof. Ada Pellegrini Grinover (Sao Paulo, Brasil).

Conferencistas (temas a designar):

Prof. José Almagro Nosete (Madrid, España).
Prof. Luis Torello Giordano (Montevideo, Uruguay).
Prof. Alfredo Buzaid (Sao Paulo, Brasil).
Prof. José Carlos Barbosa Moreira (Río de Janeiro, Brasil).

Programa científico

Iniciación e inscripciones: Domingo 22. Lunes 23, Martes 24, Jueves 26 y Viernes 27: por la mañana, relatorios y debates; por la tarde, Debates y Conferencias. Miércoles 25: por la mañana, Mesa Redonda. Reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Programa social

Domingo 22, 19 horas: Cocktail de apertura. Miércoles 25, por la tarde: paseo turístico. Viernes 27, por la noche: Recepción de clausura.

Serán invitados a participar todos los miembros del Instituto.

Los relatores generales internacionales prepararán un temario de sus ponencias que serán circulados a todos los miembros del Instituto que deseen presentar relatos nacionales.

Fecha última de entrega de trabajos: 31-1-1988.

Por demás datos dirigirse a esta *Secretaría* o a

ONURB COUTO BRUNO,
Director Presidente de CEPAD.
Avda. Almirante Barroso, 91, Grupo 204/205.
Río de Janeiro 20231. Brasil.

APUNTAMIENTOS

IVas. JORNADAS URUGUAYAS DE DERECHO PROCESAL

Se desarrollaron en Maldonado, Punta del Este (19-22 de marzo), organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, el Colegio de Abogados del Uruguay y el Colegio de Abogados de Maldonado, bajo el auspicio de la Intendencia Municipal de Maldonado. En el local de ésta se celebró el acto inaugural y también el plenario de clausura, mientras que las Comisiones sesionaron en el Cantegril Country Club.

Asistieron especialmente invitados, entre otros, los profesores argentinos Mario Augusto Morello, Lino Palacio, Fernando de la Rua, Roberto Berizonte, Juan Carlos Hitters, Julio Mayer, José Cafferata Nores y Ernesto Larrain, y la profesora brasileña Ada Pellegrini Grinover.

Las sesiones fueron presididas por el Dr. Luis Alberto Viera, contando con la presencia de la Ministra de Cultura, Dra. Adela Reta, quien trabajó en la Comisión n.° 3, la Presidenta de la Suprema Corte de Justicia, Dra. Jacinta Balbela de Delgue y el Ministro Dr. Armando Tommasino, el Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, miembro del Instituto, Dr. Luis Torello, el Sr. Intendente departamental, D. Benito Stern, el Dr. Adolfo Gelsi Bidart, Decano de la Facultad de Derecho y demás autoridades.

Lo más trascendente fue que en las cuatro Comisiones se contó con una importantísima concurrencia de profesores, magistrados y abogados, destacándose la presencia de una legión de jóvenes, y en ellas se observó un altísimo nivel en las deliberaciones que mantuvo el constante interés de los participantes.

Se celebraron dos mesas redondas, unasobre Cooperación Judicial Internacional, con la presencia de los principales especialistas uruguayos y otra sobre Protección al Medio Ambiente, donde se recibió la palabra del Grupo Bosque de Maldonado, creado con ese fin, entre otros. En ambas se contó con la importante colaboración de los profesores extranjeros y profesores, magistrados y abogados uruguayos.

En definitiva, un éxito pleno, debido, como siempre, al trabajo denodado de unos pocos, en una organización que se piensa perfeccionar para las V Jornadas que es celebrarán en 1989 en Colonia.

JORNADAS EN HOMENAJE AL DR. AUGUSTO M. MORELLO

En Resistencia, Chaco (Argentina), se celebraron con gran brillantez las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil, en homenaje al profesor platense Augusto Mario Morello.

El encuentro, que tuvo lugar entre el 20 y el 22 de mayo de 1987, congregó a juristas, académicos, magistrados, abogados y estudiantes de todas las provincias argentinas y de las Repúblicas hermanas del Uruguay, Paraguay, Brasil y Honduras.

Para resaltar la justicia del homenaje y la calidez humana del homenajeado, exaltando la personalidad de un indiscutido Maestro de Argentina y América, disertaron, entre otros, los profesores Dres. Roberto O. Berizonce y Adolfo Gelsi Bidart, quienes lo hicieron, respectivamente, en nombre de sus discípulos y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Uruguay.

Discurso pronunciado por el Dr. Roberto O. Berizonce en las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil (Resistencia, Chaco, mayo de 1987), celebradas en homenaje al Dr. Augusto M. Morello (en nombre de sus discípulos).

I

Tuve el privilegio de conocer a A. M. M. en 1962, hace exactamente 25 años. Acababa de concluir mi carrera de abogacía y con natural timidez me acerqué a él, que por entonces integraba una renombrada cátedra en la F. de C. J. y S. de la U.N.L.P.

Iba yo con mis ilusiones —como tantos otros jóvenes de entonces y de siempre— en la búsqueda de un profesor que guiara mis pasos vacilantes e inexpertos por los vericuetos de una disciplina jurídica;

para mi suerte, había encontrado —y lo supe de inmediato— a un hombre que, además, y por encima de ello, me brindó de lleno su amistad vital, abriéndome generosamente todas las puertas, empezando por la de su casa y de su cátedra.

Es por eso que habrán de tolerar ustedes que estas palabras de hoy, en este justo reconocimiento del país jurídico a A. M. M., estén para mí dictadas más que por la mente, por el corazón.

II

Por impulso de Morello y bajo su dirección se reorganizó a mediados de los años sesenta en nuestra vieja Casa de Estudios platense, el Instituto de Derecho Procesal, para impulsar las nobles ideas de Lascano, Mercader, Ibáñez Frocham y tantos otros, pero esta vez con un sesgo definitorio nuevo, que alimentaba el propósito de hacer trascender el mensaje universitario puertas afuera, llevándolo hacia los propios centros de interés profesional, ya entonces asentados en los colegios profesionales del interior del país tanto como en los principales cenáculos académicos.

De inmediato, el Instituto se erigió en nervio, motor y centro de irradiación de mensajes, que llevaban, con el sello de modestia y humuldad que destilaba su inspirador, un calor y alegría vitales, que se fueron expandiendo prácticamente a todos los confines del dilatado territorio nacional. Desde Bahía Blanca a San Nicolás, y desde Lomas de Zamora a Azul, Junín, Morón y Dolores o Trenque Lauquen en la provincia de Buenos Aires. Desde Neuquén y General Roca a Villa Mercedes en San Luis; de Concordia a Río Cuarto o Bell Ville; de Salta, Tucumán y Mendoza a Rosario, Resistencia y Presidencia Roque Sáenz Peña en esta magnífica tierra chaqueña.

Fueron años —décadas— de brindarse todo un grupo que, amalgamado tras su conductor, fue trascendiendo prontamente las fronteras de su originario discurso procesal, amplificado y enriquecido en más desde la civilística, el constitucionalismo y las disciplinas del Derecho público en general. Tiempos felices de libre confrontación de ideas, de crecimiento de muchos, de afianzamiento de otros, de aprendizaje para todos en una fragua en la que M. Álvarez Alonso, García Pereyra, Mantegazza, oficiaban más que como expertos juristas, como verdaderos maestros en la experiencia de la vida.

Nosotros, con Sosa, Hitters, Condorelli, Nogueira, Mancuso, Sandmeyer, Óscar Martínez, primero; Héctor Méndez, De Lazzari, Oteiza, Gozaini, Tessone, Gabriel Stiglitz, Francisco Mendes, después —por sólo mencionar a los más cercanos—, éramos los dicípulos que abrevábamos en esa escuela de vida que siempre ha liderado Morello des-

de la amistad, como un auténtico jefe. Que es reconocido como tal —como escribió André Maurois— porque asumió la dirección no como un privilegio y una distinción personal sino como una carga, un sacrificio y un compromiso.

Con el andar de los tiempos comenzó a hablarse —algunos pensamos que no sin cierta exageración— de la «Escuela procesal de La Plata». Sea como fuere, es lo cierto y tanglible que, por obra de Morello y alrededor de su figura convocante, se sigue nucleando un creciente grupo de cultores de la ciencia jurídica que se identifica con el mensaje de su mentor y mantiene la firme voluntad de continuar sus mejores enseñanzas.

III

Feliz y fecunda idea de Morello —culminación sin duda de la empresa que empeñosamente vino plasmando durante más de dos décadas— ha sido la creación de una Fundación para la investigación de las ciencias jurídicas y sociales. La Fundación JUS, que desde La Plata ha comenzado a irradiarse y cobra torso y presencia en muchos otros centros del país, es un noble emprendimiento que resume toda una filosofía, un sentido de la vida que es tan caro a nuestro homenajeado, quien la concibe como empresa de servicio y entrega comprometida para con los más elevados ideales y desinteresada auxiliatoria y estímulo a los más jóvenes, siempre ávidos de enseñanza y consejo —como aquel que tuvo el privilegio de encontrarlo en 1962.

El otro Morello, el hombre polifacético, el jurista eximio, el investigador profundo e incansable, el catedrático magistral, el abogado de oficio pleno, el forjador de instrumentos legales de avanzada, el magistrado que discierne la Justicia como conjuez del Alto Tribunal, el publicista fecundo, el intelectual comprometido con las instituciones de la República, el pensador del miraje siempre elevado, es de todos ustedes demasiado conocido. Sería casi una irreverencia pretender memorar aquí todas esas vertientes de su personalidad, a más de una ofensa a su sensible recato.

IV

Si los hombres se han de reconocer por la nobleza de sus obras, el inventario inagotado y abierto de todas las que ha emprendido y

concretado Morello constituye el testimonio más fehaciente de una vida concebida con grandeza, ejercida con señorío y dedicada a servir al bien común de los semejantes.

Nos es casual que estén hoy aquí reunidos en esta agradecida tierra chaqueña una pléyade de juristas, ni es tampoco casual la masiva presencia de jóvenes abogados y estudiantes. Este marco constituye la mejor demostración de la admiración y del reconocimiento hacia el maestro, al hombre arquetipo de calidad y de calidez humana.

De Morello cabe decir, en última síntesis, lo que aquel gran pensador que fue André Maurois escribió refiriéndose a su maestro Alain: «Como pocos ha sabido encender el fuego de la pasión intelectual, para que ésta brote por doquier y se multiplique entre todos los que tienen la suerte de pertenecer a su tiempo.»

En nombre de todos, vaya nuestro reconocimiento y gratitud. Muchas gracias Dr. Morello y muchas gracias Alicia, que tanta entrega y generosidad no pueden seguramente concebirse sin tanto amor, dulzura y comprensión.