

JUSTICIA 88

NUMERO IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

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

LB

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universitat, 11 - BARCELONA

«JUSTICIA 88» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universitat, 11, 08007 - Barcelona, Tel. (93) 317 53 08.

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

ÍNDICE

<i>Un ciudadano a la búsqueda de juicio</i>	773
EN ESTRADOS	
<i>La eficacia del recurso de casación</i> por Cristina Riba Trepal	775
AUDIENCIA PÚBLICA	
<i>De cómo hacer las reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador)</i> por Francisco Ramos Méndez	791
DACIONES EN CUENTA	
<i>Libertad de información y derechos de la personalidad</i> por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi	801
<i>Algunas sugerencias sobre la atribución al M. F. de la investigación oficial</i> por Vicente Gimeno Sendra	829
<i>La competencia judicial en la Ley de Reforma de la Adopción</i> por Manuel Ortells Ramos	835
<i>Los juzgados de menores en la nueva organización judicial</i> por José Martín Ostos	859
<i>El saneamiento en el proceso civil español</i> por Antonio M. ^a Lorca Navarrete .	877
<i>El sobreesimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, en el proceso penal ordinario por delitos más graves</i> por María José Mascarell Navarro	885
<i>La acción cesatoria y la medida Cautelar de cesación en el Derecho de Marcas español. Reflexiones al hilo de la Ley de Patentes y del proyecto de Ley de Marcas</i> por César Giner Parreño	933
DESPACHO ORDINARIO	
<i>La jurisdicción de equidad es exclusiva de los árbitros y no puede ser revisada por el Tribunal Supremo</i> por Francisco Ramos Méndez	949
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>La protección europea de los Derechos Humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea</i> por Jochen Abr. Frowein	967
EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS	
<i>Revista de revistas y obras colectivas (1985-II)</i> por José Martín Ostos y Arturo Álvarez Alarcón	989

© 1988, Librería Bosch
Ronda Universitat, 11 - 08007 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87

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

Un ciudadano a la búsqueda de juicio

Se podría pensar que es moneda corriente entre los ciudadanos en espera de juicio el rehuirlo o dilatar su celebración cuanto más mejor, quizá con la secreta esperanza de que su causa se pierda en algún recoveco del salón de los pasos perdidos. Tal sensación no se corresponde con la realidad en la mayoría de los casos, por mucho que esbozemos una sardónica sonrisa al mentarlo. Para recordarlo hemos tenido que asistir a un reestreno con tocata y fuga protagonizado por el fundador de Rumasa. Es lábil la tentación para tachar el espectáculo de esperpento y al solista de histrión. Sin embargo, la filosofía de la anécdota es mucho más profunda. Prescindiendo de las connotaciones teatrales del caso y de la libertad creativa para la puesta en escena, es lo cierto que un ciudadano ha vuelto a dar la voz de alarma contra una de las disfunciones de la justicia más padecidas en los últimos tiempos y que flagela implacablemente a los que la padecen: el empedernido retraso que sufren los juicios. ¡Si hasta los reos quieren ser juzgados a tiempo! Seguramente para que no se les marchite la presunción de inocencia que constitucionalmente les regalamos al iniciar el proceso. ¡Y les sobra razón!

Francisco Ramos

**LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACION
(ANÁLISIS ESTADÍSTICO 1978-1986)**

Cristina RIBA TREPAT

SUMARIO:

I. Comentario previo. — II. Método de análisis. — III. Análisis estadístico anual. — IV. Duración y coste. — V. Conclusiones.

I. COMENTARIO PREVIO

«El recurso de casación es un laberinto en el que prima el formalismo sobre la justicia», comentaba Montero Aroca en su intervención sobre el centenario de la LEC.¹ Defecto que no tiene origen en la ley, sino que es de creación exclusiva de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.²

La reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984 viene a solucionar a medias este problema y, aunque se reprocha al legislador el no haber aprovechado todas las posibilidades de la reforma,³ parece ofrecer un marco menos rígido y formalista al recurso de casación. El otro aspecto esencial para una verdadera renovación de la dinámica del recurso de casación es la creación de una doctrina del Tribunal Su-

1. MONTERO AROCA, *Juicio crítico de la LEC*, en *Para un proceso eficaz*, Ed. de Ramos Méndez, UAB, Bellaterra, 1982, p. 177.

2. SERRA DOMÍNGUEZ, *Balance positivo de la LEC*, en *Para un proceso eficaz*, cit., p. 246.

3. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la LEC*, Ed. de Valentín Cortés, Madrid, 1985, p. 830.

premo completamente alejada de la actual y mucho más acorde con las exigencias del derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

Esta reforma de 1984 incluye la modificación de los motivos de casación, de importancia fundamental, ya que en casación la revisión de la resolución recurrida queda limitada a estas causas o motivos especificados en la ley.

Resulta necesario, si queremos realizar un examen de estas causas, tener presente un esquema comparativo entre los antiguos y nuevos motivos:⁴

<i>Ley antigua</i>	<i>Ley reformada</i>	<i>Modificaciones</i>
1.692, 6.º	1.692, 1.º	
1.692, 6.º	1.692, 2.º	Añade inadecuación procedimiento
1.693, 6.º		
1.692, 2.º y 3.º	1.692, 3.º	
1.692, 4.º		
1.693, 1.º a 5.º		Excluye falta citación sentencia
1.693, 7.º y 8.º		Añade cualquier vicio procesal esencial
1.692, 7.º	1.692, 4.º	Amplía contenido. Precepto nuevo
1.792, 1.º y 5.º	1.692, 5.º	Sólo error derecho en las pruebas
1.692, 7.º		

Podemos apreciar que se desvanece la distinción legal entre casación por infracción de ley o doctrina legal (anterior art. 1.692) y casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (anterior art. 1.693), motivos estos últimos que se subsumen en el actual art. 1.692 LEC.

El nuevo art. 1.693 LEC procede de la refundición de los antiguos artículos 1.696 y 1.697 LEC. El precepto se apoya en poderosos principios de economía procesal y pretende evitar los perjuicios inherentes a una anulación de actos procesales que pudo perfectamente subsanarse en su momento oportuno.

Nuestro análisis va enfocado hacia el segundo aspecto: la eficacia del recurso de casación en la práctica jurisprudencial sin poder obviar el soporte legal, del que haremos mención.

II. MÉTODO DE ANÁLISIS

Nuestra investigación empírica cubre el período 1978-1986, que va desde una época inmediatamente preconstitucional hasta la actualidad. En este período surgen especiales hitos que inciden en la configuración del recurso de casación: La consagración, por la Constitución de 1978, del principio de tutela efectiva como derecho fundamental, la reforma de la LEC de 8 de agosto de 1984 y la entrada en vigor del art. 5,4 de la LOPJ.

Este análisis pretende ver si en la práctica la realidad legal tiene un reflejo jurisprudencial. Es decir, si existe una tutela real en este aspecto y sobre todo una funcionalidad y eficacia de este recurso.

Nuestro objetivo es acercarnos a la realidad del recurso de casación. Este método utilizado, de carácter empírico, sólo pretende dar una visión estadística del recurso de casación.

El sistema de trabajo ha consistido en la recogida de todas las sentencias civiles de casación publicadas en Aranzadi desde el 1 de enero de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1986.⁵ Se tabularon los datos más significativos: fecha de la sentencia, número de resolución, motivos alegados, estimación o no del recurso y motivos que dan lugar a la casación. Datos que quedaron sistematizados así:

<i>Fecha</i>	<i>N.º Res.</i>	<i>Motivos alegados</i>	<i>Motivos admitidos</i>	<i>Casación</i>
2-I-1978	1	1.692, 1.º, 2.º y 7.º, LEC	—	NO
2-I-1978	2	1.692, 1.º, LEC	—	NO
2-I-1978	3	1.692, 2.º, LEC	—	SÍ

En base a estos datos se han realizado unas gráficas estadísticas sobre los motivos alegados y admitidos y el volumen anual de los recursos casados y no casados.

No se han analizado, sin embargo, aspectos como el coste de este recurso, especialmente gravoso, ni su duración. Aspectos, sin duda alguna, que nos completarían el análisis sobre la rentabilidad de dicho recurso.

5. Han colaborado en la recogida: D. Sanromà, J. Martínez, M. Miravet, M. Alzueta, J. R. Saltavella, A. R. Fabregat, M. Casado, I. Olmos, C. Riba, A. Pérez, A. Joan, R. Cuadra y J. M. Martínez.

4. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la LEC*, cit., p. 830.

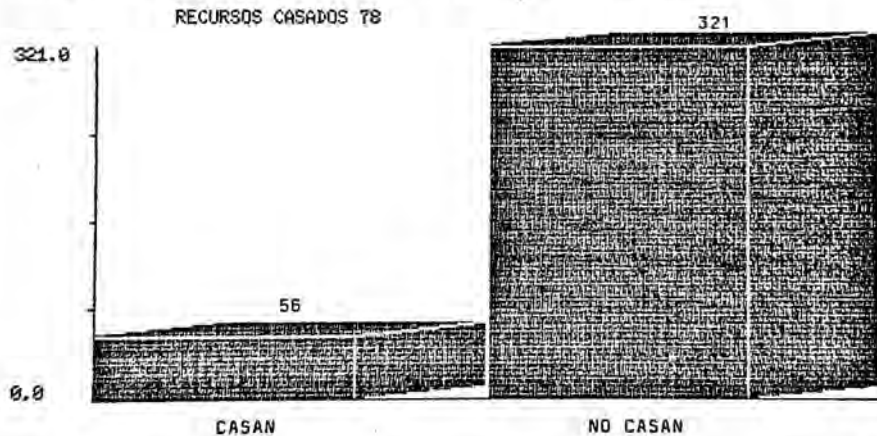
III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO ANUAL

Se ha procedido a la obtención de gráficos de barras⁶ en función de los datos recogidos. Se trata de dos gráficas por cada año del período estudiado (1978-1986) en las que se reflejan:

- a) En base al volumen de recursos interpuestos, los casados y los no casados.
- b) Los motivos por los que se han estimado los recursos.

1. Año 1978

Las primeras gráficas de 1978 apuntan resultados estadísticos que permiten abrigar dudas sobre la eficacia de este recurso. Según éstos, de un total de 377 recursos interpuestos se casó sentencia en 56 de ellos, es decir, un 15 % frente a un 85 % que no lo hizo.

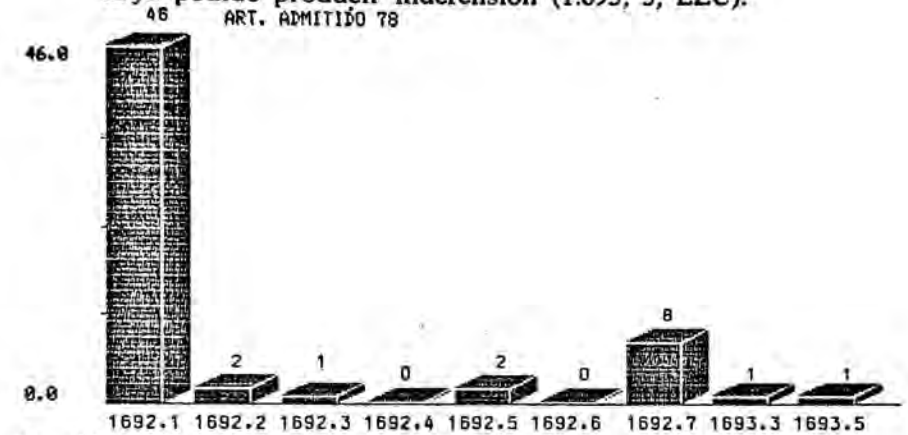


Respecto a los motivos que prosperaron, podemos apreciar un claro predominio del motivo 1.º del art. 1.692 LEC —infracción de ley por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales—, mientras los otros motivos se mantienen prácticamente vírgenes. Destaca el motivo 7.º del art. 1.692 LEC —error en la apreciación de la prueba—, motivo polémico y que ha llevado a algunos autores a decir que convierte la casación en una 3.ª instancia.

6. Confeccionados por J. A. Bernáldez.

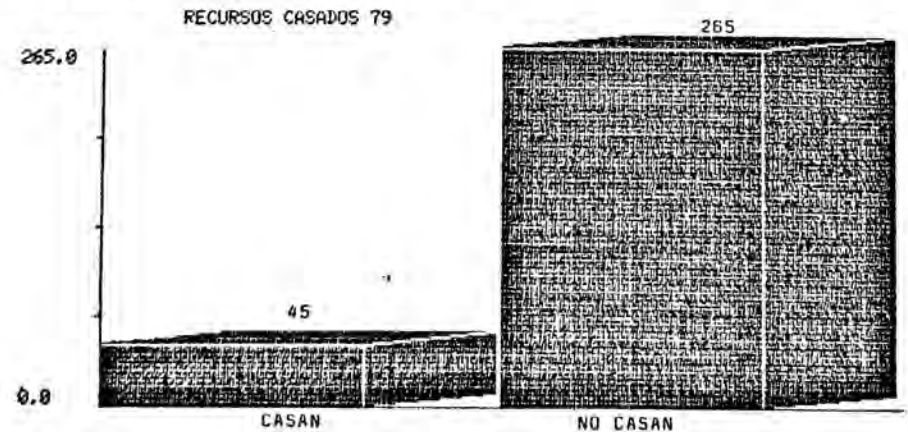
En cuanto al número de motivos estimados en base al art. 1.693, sólo dos:

- Por falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias (1.693, 3, LEC).
- Por denegación de cualquier diligencia de prueba admisible que haya podido producir indefensión (1.693, 5, LEC).

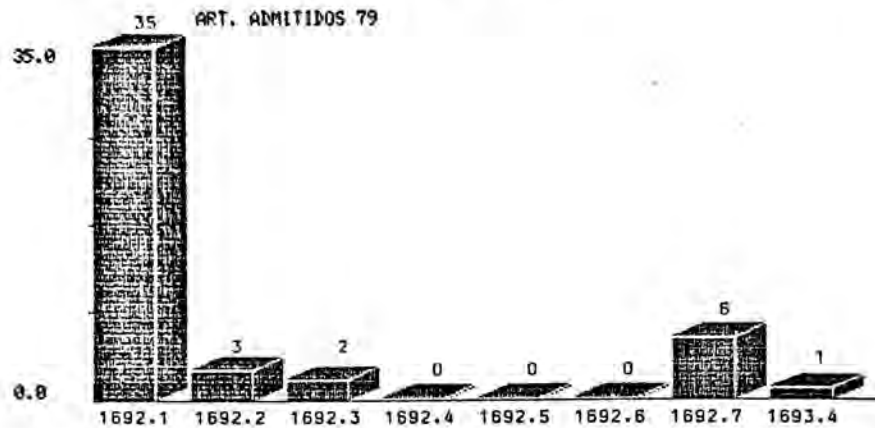


2. Año 1979

De las gráficas de 1979 se desprende que, de un total de 310 recursos interpuestos, se casaron un 15 % (45), frente a un 85 % (265) que no prosperaron.

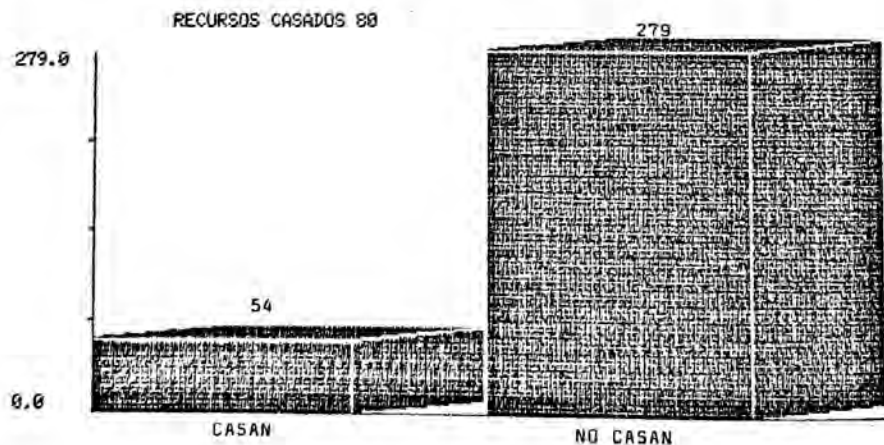


Los motivos apreciados por el Tribunal Supremo son los que se mencionan en la gráfica con especial mención del 1.º (apreciado en 35 ocasiones) y el 7.º del 1.692 LEC. Del 1.693 se aprecia una sola vez el motivo 4.º, que se refiere a la falta de citación (motivo que no queda subsumido en la nueva reforma de 1984).

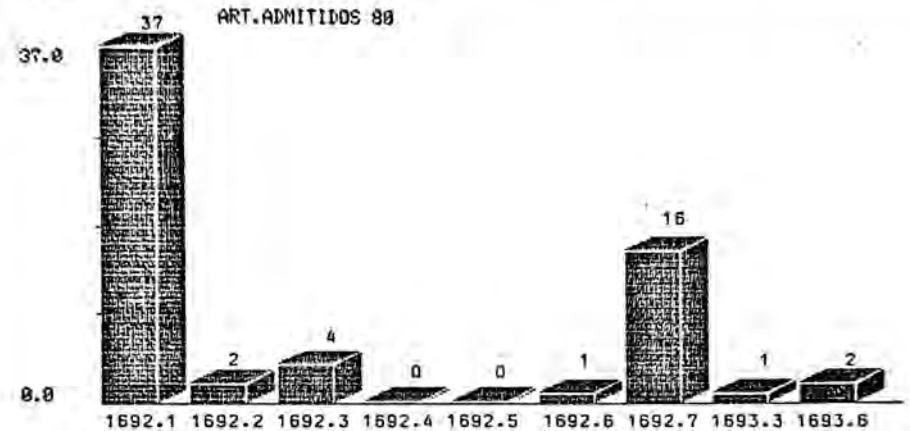


3. Año 1980

Los datos que aportan las gráficas de 1980 siguen la misma tónica: el volumen total de recursos interpuestos es de 333, un 16 % (54) de los cuales fueron estimados frente a un 84 % (279) que no lo fueron.

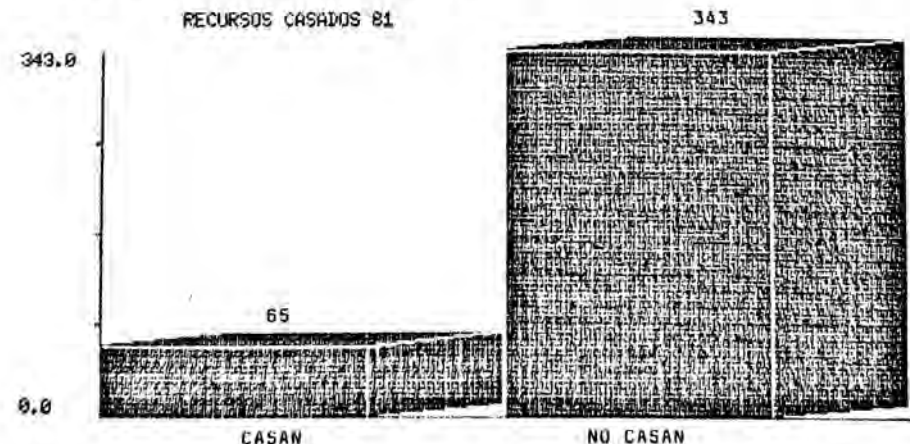


En las causas admitidas hay un ligero aumento en la apreciación de error en la prueba (1.692, 7.º, LEC), aunque siga siendo el motivo 1.º el más alegado y estimado. Respecto a la casación por quebrantamiento de forma (1.693 LEC), su apreciación continúa siendo irrisoria.

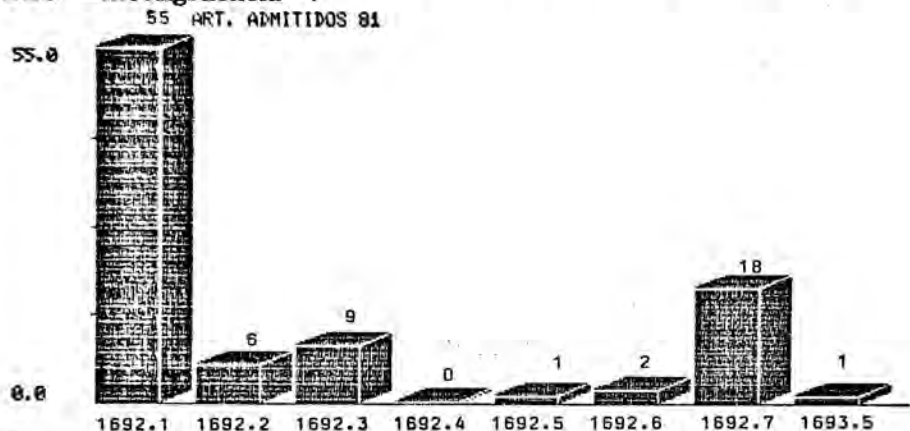


4. Año 1981

Los resultados de 1981 en números relativos no ofrecen diferencias respecto a los años anteriores: 16 % de recursos estimados frente a un 84 % de desestimados. Sin embargo, el volumen total de recursos interpuestos ha aumentado ligeramente a 408, y así también el número total de recursos casados a 65.

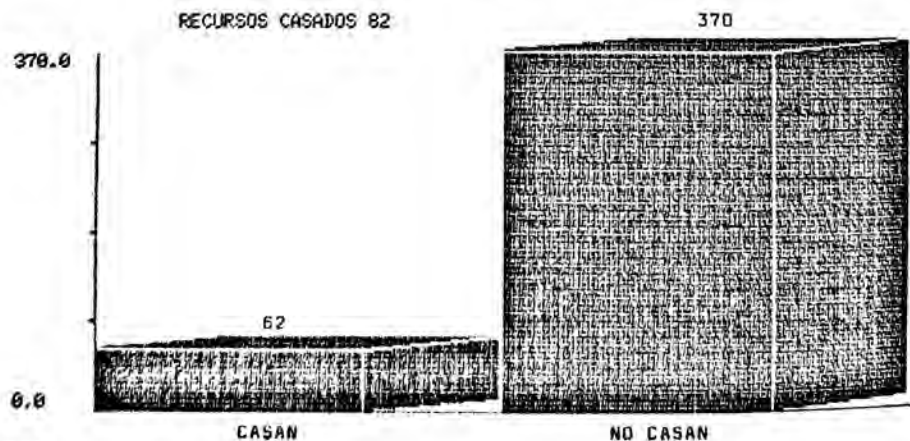


En los motivos admitidos también se ha notado este ligero aumento en números absolutos. Frente al reiterado motivo 1.º y también con menor incidencia el 7.º, figura la estimación del motivo 3.º del art. 1.692 LEC —cuando el fallo otorgue más de lo pedido o no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito—, y la estimación del motivo 2.º del art. 1.692 LEC —incongruencia—.



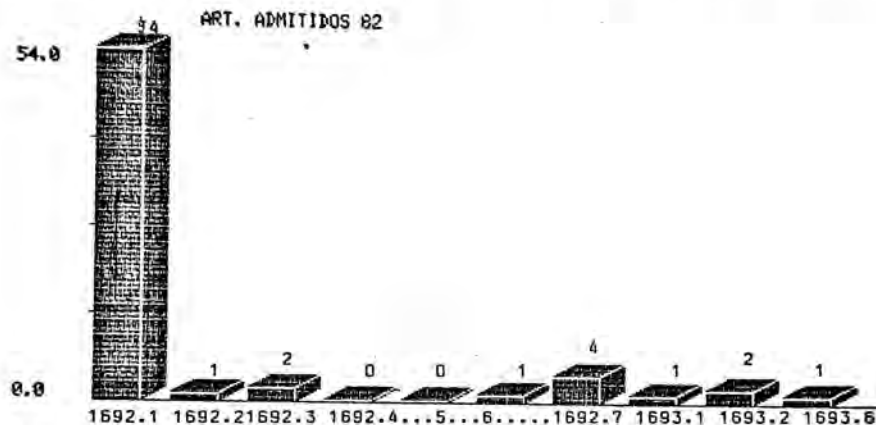
5. Año 1982

Estos son los resultados del año 1982: 62 recursos casados y 370 no casados de un total de 432 interpuestos. Lo que supone un 14 % de recursos estimados. Vemos, pues, que aunque ha aumentado el volumen de recursos interpuestos, el número de estimados se mantiene respecto al año anterior.



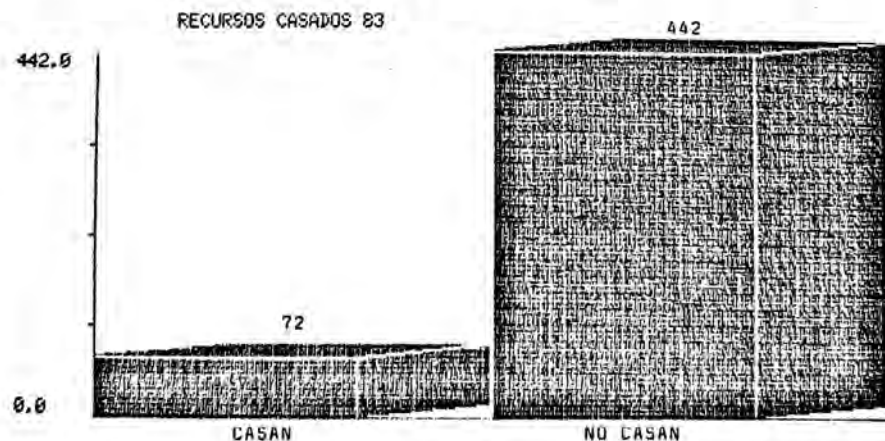
Sólo podemos subrayar la estimación del motivo 1.º del art. 1.692 LEC frente a una reducísimas apreciación de los otros motivos, alguno de los cuales permanece intocable, como es el caso del 1.692, 4.º —cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias—.

El recurso de casación por quebrantamiento de forma se estima este año en cuatro ocasiones.

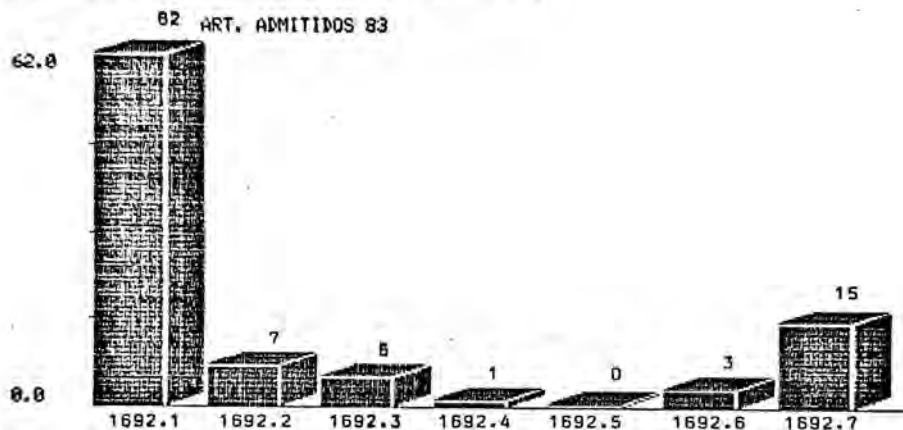


6. Año 1983

En 1983 los recursos interpuestos llegan ya a 514. Se mantiene, sin embargo, la proporción de recursos casados (14 %), que suponen 72 recursos casados frente a 442 no casados.

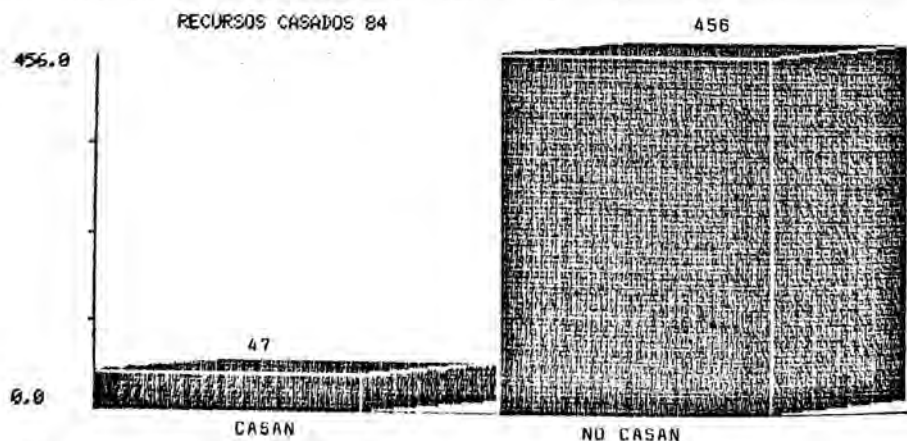


«La infracción de ley por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales» (1.692, 1.º, LEC) es apreciada un total de 62 veces por el Tribunal Supremo. «El error en la apreciación de la prueba», unas 15 ocasiones; siguen la incongruencia (1.692, 2.º, LEC) en siete ocasiones y en cinco el motivo 3.º del 1.692 LEC. Tenemos que remarcar también las tres ocasiones en que se aprecia el motivo 6.º del 1.692 LEC, «por abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción».

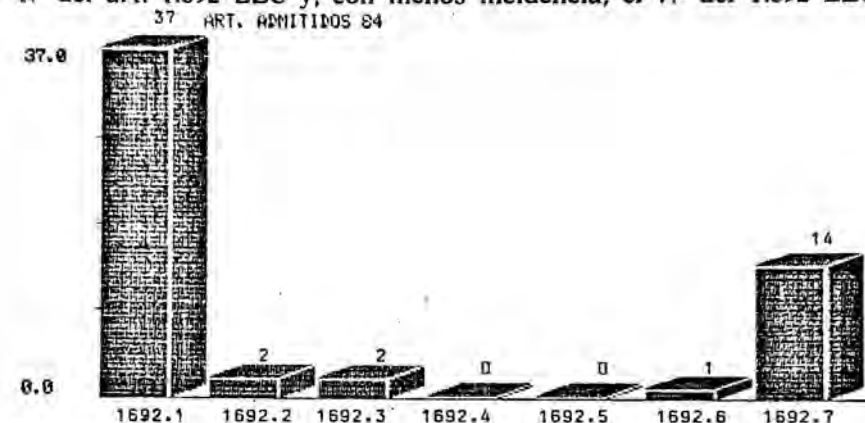


7. Año 1984

En 1984 sólo se casan 47 recursos de los 503 interpuestos. Sólo se casan un 9 % del total de los interpuestos, mientras que un 91 % no se casan, proporción que es, sin duda alguna, preocupante.



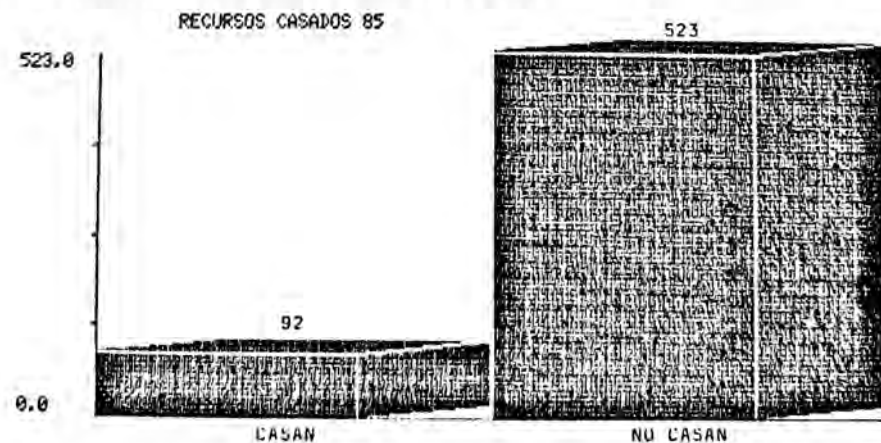
Desaparece la apreciación de cualquier motivo por quebrantamiento de forma y sólo podemos mencionar como motivos relevantes el 1.º del art. 1.692 LEC y, con menos incidencia, el 7.º del 1.692 LEC.



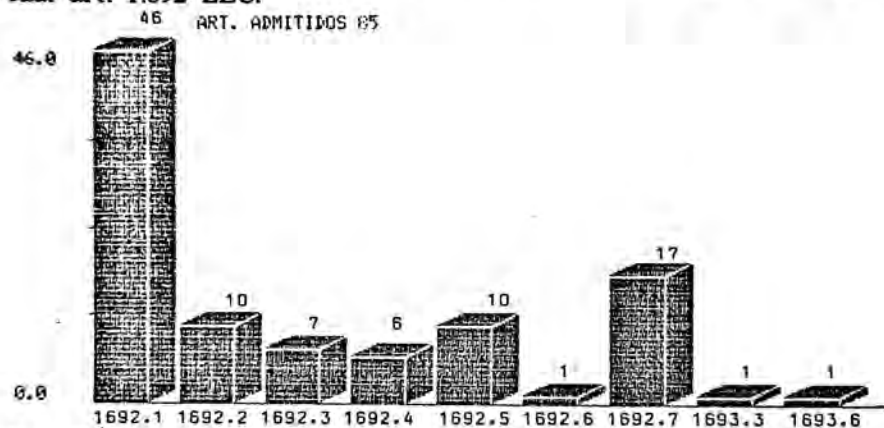
8. Año 1985

Al analizar los resultados que se desprenden de las gráficas de 1985 hemos de tener presente la entrada en vigor de la reforma de 6 de agosto de 1984 de la LEC. Reforma que debería apreciarse de manera inmediata en los motivos alegados, por la modificación operada en los arts. 1.692 y 1.693 LEC, y de forma más paulatina respecto al volumen de recursos casados.

Vuelve a estabilizarse el porcentaje de recursos casados en un 15 %, aunque en cifras absolutas supongan ya 92 y el volumen total de recursos interpuestos llegue a los 615.

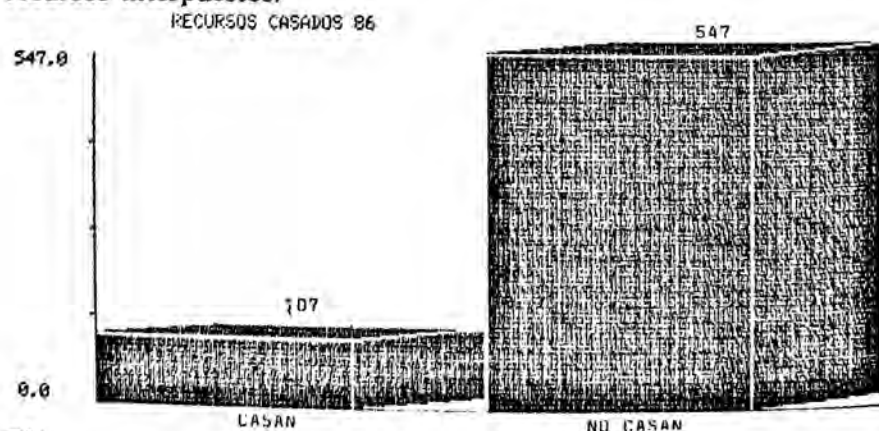


Salvedad respecto a los motivos estimados: diez de los plasmados en el gráfico de barras pertenecen a los reformados en 1984. Para evitar cualquier distorsión hay que tener presente que se trata de cinco de los supuestos apreciados en base al motivo 4.º, tres en base al motivo 5.º y uno en base a los motivos 1.º y 3.º del vigente y actual art. 1.692 LEC.



9. Año 1986

La información que se desprende de los gráficos pertenecientes al año 1986 es la siguiente: el volumen total de recursos interpuestos es de 654, con un 16 % de recursos casados que se concreta en 107. Haciendo un análisis comparativo con los años anteriores podemos apreciar que se mantiene el porcentaje de recursos estimados, pero que en cifras absolutas éstos han aumentado al incrementarse también los recursos interpuestos.



786

Respecto a los recursos admitidos es conveniente hacer un desdoblamiento entre los anteriores y posteriores a la reforma de 1984.

Anteriores a la reforma de 1984								
1.692.1	1.692.2	1.692.3	1.692.4	1.692.5	1.692.6	1692.6	1.692.7	1.693.4
58	3	0	1	2	2	2	15	1
Posteriores a la reforma de 1984								
1.692.1	1.692.2	1.692.3	1.692.4	1.692.5	1.693			
2	0	5	22	24	0			

En los recursos casados conforme a los antiguos motivos se mantiene la tónica de años anteriores. Conforme a los casados por los nuevos motivos hemos de destacar que priman los resueltos en base al 4.º y 5.º del art. 1.692. Motivos que responden en mayor o menor medida a los antiguos 7.º y 1.º del art. 1.692, respectivamente, y que ahora figuran ambos con un peso específico semejante.

Sin embargo, los actuales contienen importantes cambios. A ambos se les ha intentado despojar de elementos formalistas que pudieran llevar al Tribunal Supremo a una jurisprudencia equívoca.

Es difícil de prever en 1986 un cambio hacia un mayor número de recursos estimados en base a la reforma de 1984, sobre todo porque aún priman criterios antiguos.

IV. DURACIÓN Y COSTE

Respecto a la duración de dicho recurso no se ha investigado por carecer de datos fiables publicados. Aunque ofrece un relativo interés ya que la casación impone dos instancias anteriores, con lo que la importancia de su duración queda subordinada a la de las anteriores instancias. En la práctica, el promedio es de más de cinco años desde el planteamiento de la demanda en 1.ª Instancia.

El recurso de casación no es, con todo, el que más tarda. Calculamos en torno al año o año y medio.

Cabe hacer breve mención también al coste de dicho recurso. No tenemos datos empíricos al respecto, pero los gastos en honorarios mínimos de Letrados y los derechos arancelarios que devengan los Procuradores que intervienen en este proceso pueden ser orientativos. A lo que podemos añadir una suma en depósito, en caso de ser necesario (art. 1.703 LEC) y los derechos del bastanteo.

Calculando sobre la base de 3.000.000 de pesetas como límite inferior de la casación, obtenemos las siguientes sumas:

— Los honorarios mínimos del Letrado de la parte recurrente, según normas orientadoras del Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid de 1986, se cifra en . . .	240.000
— Los aranceles del Procurador que asiste a la parte recurrente, conforme al RD de 19 de junio de 1985, son	47.304
— A lo que añadimos, en caso de ser necesario (artículo 1.703 LEC), la consignación de un depósito por parte del recurrente de	25.000
— Asimismo los honorarios mínimos del Letrado de la parte recurrida, según normas orientadoras del Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid de 1986, son	144.000
— Y los aranceles del Procurador que asiste a la parte recurrida y conforme al RD de 19 de junio de 1985 .	47.304

Ante estos datos, sólo hemos de añadir el especial rigor del Tribunal Supremo en imponer la condena en costas al recurrente cuando la sentencia declara no haber lugar al recurso, lo que supone el pago de los gastos del proceso y la pérdida del depósito constituido (v. artículo 1.715, 4.º, LEC y anteriores 1.748, 1.767 y 1771 LEC). De lo que se deduce un coste de 500.000 pesetas, como mínimo, para el recurrente en un 85 % de los recursos planteados ante el Tribunal Supremo, según las gráficas estadísticas analizadas.

V. CONCLUSIONES

El balance no es muy alentador: Una media de un 15 % de recursos que casan, en los que destacan sólo dos motivos que prosperan. El motivo que recoge el anterior art. 1.692, 1.º, LEC, «la infracción

de ley por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales» es, con mucho, el más apreciado.

El segundo motivo que se destaca, aunque a cierta distancia, es el contemplado en el anterior art. 1.692, 7.º, LEC —error en la apreciación de la prueba—, cuyo aspecto más preocupante ha sido la fijación y determinación de los extremos de este motivo que han dado lugar a una ingente doctrina jurisprudencial contradictoria y de un formalismo sin sentido. Concretamente, la interpretación jurisprudencial de «documento auténtico». Ramos Méndez⁷ nos dice: «En puridad, documento auténtico es aquel cuyo autor es conocido o que por sí mismo hace prueba de su contenido. Sin embargo, la jurisprudencia, no obstante sus esfuerzos, había hecho imposible la fijación de un concepto unívoco del mismo, hasta el punto que resultaba francamente aleatorio hallar un documento que gozase de tal carácter.» La STS de 1 de abril de 1979 (Aranzadi 1.521) menciona: «Sólo cabe admitir como auténticos a los efectos de la casación aquellos documentos que además de su legitimidad de origen y fehaciencia de su contenido, por sí solos y sin necesidad de ningún otro elemento probatorio ni de interpretación o deducciones que de ellos puedan derivarse hagan prueba plena y aparezca de los mismos, de manera clara, expresa y terminantemente, el error denunciado.»

Teniendo presente lo anterior, han sido considerados documentos auténticos, entre otros: un informe en el que se designaba al contador-partidor de una herencia (STS 27-04-1978, Aranzadi 145), informe de la Delegación de Industria (STS 06-04-1979, Aranzadi 1.274), certificación consular (STS 06-04-1979, Aranzadi 1.276), documento expedido por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda (STS 12-07-1979, Aranzadi 2.951), acuerdo de una comisión técnica calificadora provincial (STS 26-10-1979, Aranzadi 3.461), contrato escrito de compraventa, documento privado (STS 07-12-1979, Aranzadi 4.118), certificación registral (STS 28-01-1980, Aranzadi 169), certificación de acto conciliatorio (STS 19-02-1980, Aranzadi 520), declaración de un corredor de comercio ante el Ministerio de Comercio (STS 11-06-1980, Aranzadi 2.403), factura y carta de una S.A. (STS 05-01-1981, Aranzadi 109), actas notariales (STS 30-03-1981, Aranzadi 1.137), certificación municipal (STS 08-07-1982, Aranzadi 4.222) y un acta de Junta de Propietarios (STS 25.06-1984, Aranzadi 3261).

7. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1986, I, p. 567.

Así pues, resulta difícil distinguir documentos antes auténticos, ahora suficientes o que demuestren la equivocación del juzgador.

El resto de motivos que la ley contempla tiene una muy parca significación. Es prácticamente irrelevante la casación por el anterior «quebrantamiento de forma», hoy devaluado por el control constitucional del Tribunal Constitucional.

Hay que destacar también la pervivencia del formalismo en la fase de admisión durante el período transitorio de implantación de la reforma de la LEC de 1984. Ello ha dado lugar a numerosos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual ha respondido diciendo que «no toda irregularidad formal puede erigirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso. El derecho a la tutela efectiva no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos» (STC 81/1986, de 20 de junio). Formalismo que parece también percibirse en el volumen de recursos que se casan, sólo un 15 % de los admitidos a trámite.

Es el recurso menos rentable, si valoramos el porcentaje de éxito en relación con su coste mínimo.

Aunque el número de recursos interpuestos ha aumentado a lo largo de los períodos tratados (1978 a 1986), no es quizás excesivo para los índices de litigiosidad existentes.

No ha sido posible detectar la casación *per saltum*, introducida en la reforma de la LEC de 1984, como tampoco motivos basados exclusivamente en la Constitución, sin duda por las fechas a que se reducen las estadísticas.

Éxito escaso del recurso de casación es la conclusión a que llegamos, que podría deberse a muchos factores: sentencias de instancia acertadas, excesivo formalismo en casación..., pero que en definitiva permiten afirmar que el recurso de casación es un recurso poco proclive al éxito.

AUDIENCIA PUBLICA

DE CÓMO HACER LAS REFORMAS PROCESALES * (Manual del aprendiz de legislador)

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Esos chicos tan aburridos. — 2. ¡Que vienen los yanquis! — 3. Así no hay quien gobierne. — 4. ¡Con los jueces hemos topado! — 5. Echando un pulso constitucional. — 6. ¡Cómo combatir el atasco judicial! — 7. ¡No más colas! — 8. De milagro vivimos en libertad provisional. — 9. Intermedio para moraleja.

1. ESOS CHICOS TAN ABURRIDOS

En los tiempos que corren la profesión de legislador vive en continua solicitud laboral. No da abasto a subvenir tantas necesidades y tantas carencias. No bien se huele un sector virgen de reglamentación, allí acude solícito el legislador a poner coto a la barbarie, como si de tierras de misión se tratase. Los desvelos y afanes son proverbiales y pretenden compensar las lagunas de una quimérica formación profesional acelerada. Porque, es curioso, para uno de los oficios más trascendentales de nuestra época no se exige título alguno, ni *background* cultural, ni mucho menos conocimientos técnicos. Casi casi ocurre lo mismo que para devenir profesor universitario en los últimos tiempos: ¡*Todo er mundo e güeno!* Ello obliga a lidiar cualquier toro, como mejor Dios dé a entender. ¡Y a fe que la sabiduría popular suple

* Mensaje con destino al libro homenaje al Prof. Víctor Fairén Guillén, en reconocimiento de su permanente labor de alfabetización procesal.

con creces la escuela! Pero todo tiene sus límites y luego los ciudadanos sufren las consecuencias.

En el campo procesal, desde hace muchos años, no ha existido una política legislativa estructurada y coherente. Las quejas sobre el lamentable estado de la legislación procesal se han echado siempre en saco roto¹ y todavía no estoy seguro de que los tiempos hayan cambiado de signo. Los indicios demuestran que se ha legislado al azar, improvisando y respondiendo a estímulos que no parece que tengan nada que ver con una planificación legislativa consciente y conforme a programa. La lectura que un espectador pudiera hacer de alguna de las reformas de los últimos años descubre matices que, buenos o malos, dejan al descubierto ciertas situaciones que, a veces, rozan el ridículo. Pero no es para escandalizarse, porque de las miserias humanas surgen con el paso del tiempo grandes logros en todos los campos.

En las páginas que siguen he pasado revista a algunas estampas legislativas, que no tuvieron por qué responder a la visión con que aquí se presentan, pero que suscitan algunas observaciones de perogrullo para quien quiera leer más allá del simple hecho legislativo. Tal vez arrojan luz sobre la génesis de la norma, aunque no la justifiquen. El florilegio reúne varias estampas bucólicas, prestas a ser escenificadas a los acordes de diversas sinfonías.

2. ¡QUE VIENEN LOS YANKIS!

Érase una vez un Juzgado de Madrid que se encontró con el insuperable enigma de averiguar cuántas pesetas de vellón correspondían a veinte millones de dólares yankis. Ni el hecho, notorio hasta en la economía agrícola, ni el currante deshaciéndose en lenguas para seguir el rumbo entonces alcista de la divisa americana, ni el socorrido recurso al papelín general, tuvieron peso suficiente para salir del aprieto. El tema se saldó por peteneras con una celebrada decisión que cerró las puertas del juicio ejecutivo a una aventurera póliza de crédito en divisas. ¡Y todo por un problema de liquidez, desde luego lejano de la realidad!

1. PRIETO CASTRO, *Esquema de los proyectos y bases que se han publicado para la reforma de la legislación procesal y orgánica*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, pp. 825 y ss.; *Id.*, *La actualización y coordinación de las leyes de justicia como factores para el desarrollo*, *ibid.*, pp. 795 y ss.; *Id.*, *Deberes ineludibles e inaplazables*, *RIBDProc.*, 1969, p. 7.

Como no podía menos de ocurrir, el tema saltó a los periódicos y para rematarlo la guinda la puso el propio Juez que había dictado la resolución, cuando salió públicamente a defenderla.² La culpa la tenía la LEC y también la escalada de la moneda USA, que podía poner en peligro la solvencia de empresas españolas que se habían arriesgado a contratar en dicha divisa, digamos, que por llevar la contra a los usos internacionales. Al fin y al cabo, *Spain is different*.

Hasta entonces los anales de jurisprudencia no habían dado razón alguna de las dificultades de conversión de divisas que desde tiempo atrás campaban a su aire por nuestro país, con el beneplácito de las autoridades monetarias. De reclamaciones judiciales en divisas, de ejecución de letras de cambio en moneda infiel, de acreedores en monedas fuertes haciendo cola en procedimientos concursales, estaba y está llena la experiencia procesal de cada día y más en un momento en que nuestra economía había apostado por su internacionalización. Parece, pues, que la resolución judicial era un caso aislado de incompreensión, destinada a ser citada como anécdota o a ser criticada severamente para lección ejemplar al mercado y aviso de prudentes juristas.

Pero no fue así. Los hados quisieron que el autor del revuelo llegara a Director General de Justicia del Dicasterio del mismo nombre. Para superar el trauma —y puede que en el subconsciente también para autojustificar el mal sabor de boca que en medios del comercio internacional había dejado la impronta jurisprudencial— se puso en marcha a toda prisa un Proyecto de ley que explicaba a los no bancarios cómo hallar el contravalor en pesetas de rupias extranjeras. Finalmente, a dicho engendro se superpuso en el tiempo la reforma urgente de la LEC que vio la luz en 1984.

Los sinsabores de aquella resolución jurisdiccional, a la que sin duda se dio un eco de enojo ante la opinión pública, se han plasmado en la reforma de la LEC de 1984 en artículos como el 1436, 1440, 1445, 1446, 1481 y 1508 entre otros. Todo un nuevo catálogo de problemas, deficientemente regulados, donde antes no existían o no habían aflorado con tal crudeza, a pesar de la aparente laguna de la LEC. Lo único que hemos hecho para merecerlo ha sido ese inaprehensible im-

2. La historia puede revivirse leyendo *El juicio ejecutivo y la liquidez de la deuda en divisa extranjera (polémica periodística)*, *Justicia* 82, pp. 193 y ss.

Vid. también V. CORTÉS, *La deuda en divisa extranjera y el juicio ejecutivo* (Comentario al auto del JPI núm. 21 de Madrid, de 23-10-1981), *Justicia* 82, pp. 57 y ss.

pulso que nació de una sonada experiencia personal aliada con el caprichoso destino.³

3. ASÍ NO HAY QUIEN GOBIERNE

Gobernar exige poner en práctica las leyes aprobadas por el Parlamento, trámite en el que siempre han imperado costumbres relajadas en nuestro país. No se sabe si por culpa de la abundancia es imposible digerir lo que produce el BOE, o si ello es impracticable por falta de planificación. Sea como sea, a raíz de la nueva mayoría parlamentaria resultante de las elecciones de 1982, la oposición se encontró con que con los mecanismos parlamentarios no había forma de dar un paso, ni de colocar siquiera un granito de arena en cualquiera de las tareas legislativas del Parlamento. El rodillo planchaba cualquier salida de madre y velaba por la pureza de los deseos del cambio.

Cualquier esfuerzo se estrellaba una y otra vez contra la mayoría absoluta de votos monocolors en una y otra Cámara. Pero hete aquí que la oposición paró mientes en el viejo *il y a des juges à Berlin* y trasladó la batalla política al campo judicial. El recurso previo de inconstitucionalidad, que permitía el art. 79 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, fue el hacha de guerra desenterrada para desacelerar el cambio. A partir de entonces, a cualquier iniciativa legislativa, que arrollaba a su paso por las Cámaras, se le imponía un peaje de espera mediante la espuela constitucional. Nunca se hubiera sospechado que tan alabado instrumento en el momento de elaborar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pudiera llegar a ser tan denostado apenas unos años después.

El invento se acabó cuando el partido en el poder se cansó del juego. Con el seguro de la mayoría absoluta, insufló la LO 4/1985, de 7 de junio, que borró de un plumazo el escollo del recurso de incons-

3. El anuncio de la posible venida de los yankis también suscita algunas interpretaciones de determinadas hipótesis legislativas. Por ejemplo, la llamada a las puertas de nuestro país de la Walt Disney y las expectativas de que se asentase en España, hizo desaparecer de refilón y sin levantar la voz la necesidad de autorización previa para que los extranjeros adquiriesen fincas rústicas de cierta extensión (art. 18 del antiguo Decreto-Ley 3.021/1974, de 31 de octubre).

Un inofensivo y primaveral Decreto allanó el camino: RDL 2/1985, de 30 de abril, art. 6.º Luego no pudo ser, pero quién sabe si volverá el tío Sam. Nosotros hemos cumplido una vez más, invariablemente fieles a la más rancia tradición del Bienvenido Mr. Marshall.

tucionalidad previo. ¡Adiós cigüeña, adiós! Vale la pena leer, antes y después, los Diarios de Sesiones de las Cámaras. En casos así se echa de menos la publicación de una edición especial a doble columna, con las opiniones paralelas de sus Señorías. Sólo para perpetua memoria y como alternativa a *La Codorniz*.

4. ¡CON LOS JUECES HEMOS TOPADO!

También es casualidad. Al desplazarse la lucha política al campo judicial, tocó a los jueces jugar un papel de aparente oposición al Parlamento. El desconocimiento del papel del Poder Judicial era obvio, pero el malentendido no tardó en producirse. Se radicalizaron las actitudes críticas frente al Poder Judicial, que no andaba tampoco muy boyante con la avalancha de asuntos que tenía encima. Algún Diputado se fue de la lengua más allá de lo que pareció prudente a la Asociación Profesional de la Magistratura. Al parecer, le pasó desapercibido que estaba jugando en campo contrario, en un terreno trillado para la Judicatura, y picó el anzuelo. Creyendo que todo el monte era orégano, siguió largando, fiado de su inmunidad parlamentaria, respaldada además por el seguro a todo riesgo de la mayoría absoluta. La respuesta, de antología, no se hizo esperar. Con la finura y maestría del que sabe el terreno que pisa, la Asociación Profesional de la Magistratura se descolgó con una demanda civil al amparo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que hizo desfilar por el Juzgado a ilustres Señorías. Toda una merienda de altas personalidades, que tuvo ocasión de comprobar las carencias y necesidades de la Justicia.

El drible legislativo se desencadenó con la misma rapidez y energía. Había que poner coto a una laguna que se había convertido en mortales arenas movedizas. El Parlamento no tardó en escupir la LO 3/1985, de 29 de mayo, que impuso la necesidad de autorización de las Cámaras para perseguir siquiera en vía civil a Diputados y Senadores por opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Y si no, punto en boca.

5. ECHANDO UN PULSO CONSTITUCIONAL

Las repercusiones de lo que había comenzado por un desplazamiento de la oposición parlamentaria a la vía judicial alcanzaron su punto

álvido con motivo de la elaboración de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El rollo dio lugar nada menos que a hacer uso por tres veces del conflicto constitucional de atribuciones, una sutilísima figura de factura exquisita y casi inédita en los anales de la jurisprudencia.⁴ Se sale de la filosofía de esta glosa al comentar *in extenso* todas las interioridades a que dio lugar la promulgación de la LOPJ, que, ésta sí, teóricamente obedeció a una programación legislativa previa. Pero vale la pena resaltar algunos datos notorios que sí merecen recuerdo puntual en este momento.

Por un lado, se subordinaron todas las cuestiones de organización y programación propias de una LOPJ a un solo objetivo político: impedir la reelección del Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con la vieja fórmula. Para ello hubo que aprobar la Ley a uña de caballo, pegarla en el BOE aún caliente y ponerla en vigor al día siguiente. Bueno, eso de ponerla en vigor es un eufemismo inocente. Tres años después, la parte organizativa sigue sin regir todavía.

Por otro lado, la nueva ley se carga a los Juzgados de Distrito sin mayor preocupación, sin acordarse de que un año antes se les había impuesto el peso de la llamada reforma urgente de la LEC.

En fin, asistimos al nacimiento de los reinos de taifás en materia procesal. El teórico desaprovechamiento de unos funcionarios cualificados induce a plasmar legislativamente lo que sólo era una corruptela inofensiva en la práctica. A medio camino entre el ser y la nada, toman carta de naturaleza las propuestas de resolución que vienen a potenciar el florilegio de vericuetos procesales de nuestra política faunística. Digamos que para simplificar el meneo de papel en la oficina judicial.

Los hechos fríos constituyen verdaderamente un alarde de programación legislativa en materia procesal.⁵

4. La lectura de la STC 45/1986, de 17 de abril, puede ilustrar sobre las vicisitudes jurídicas del conflicto. Pero vale la pena acudir a las hemerotecas de la época para leer las diversas interpretaciones y opiniones de los comentaristas políticos.

5. A la *vox populi* parece no ocultársele, aunque la historia pueda estar por ser reconocida públicamente, que la escalada del conflicto Poder Judicial/Poder Legislativo/Poder Ejecutivo alcanzó una de sus cotas máximas con el asunto RUMASA. Dos datos para lectura a gusto del consumidor: La filtración de la Sentencia del Tribunal Constitucional a la prensa, antes de ser publicada oficialmente, dio lugar a que el Tribunal Supremo se tomase la revancha abriendo unas Diligencias Previas sobre el caso e instando a los Magistrados del Tribunal Constitucional a pasar por taquilla. La STC dejó heridas en el camino. Fuere

6. ¡CÓMO COMBATIR EL ATASCO JUDICIAL!

No hay forma. La verdad es que ni con reformas urgentes, ni poniendo ordenadores por todas partes, ni haciendo levadas de personal a marchas forzadas, se ha conseguido desatascar los organismos judiciales sobresaturados. Pero ahora se ha cambiado de orientación: Hay que disuadir a la gente para que no recurra a los Tribunales, o al menos ponérselo más cuesta arriba.

La alarma se disparó cuando el nuevo Presidente del Tribunal Constitucional, apenas posesionado de su cargo, se dio cuenta de que el trabajo aumentaba y de que el colapso podía ser histórico en un Tribunal llamado a fustigar los retrasos de los demás órganos judiciales. Ni corto ni perezoso empezó a cortar el bacalao por varias vías.

En lo que se refería a los conflictos de competencia entre Poder central y Autonomías exhortó pastoralmente al entendimiento y a la negociación. Los interlocutores eran pocos y la encíclica corta: Era mucho más rentable ponerse de acuerdo mutuamente que esperar tres años por una resolución del Tribunal Constitucional.

En lo que se refería a los recursos de amparo, del que los ciudadanos efectuaban uso abundante y con éxito, abogó por el cambio: había que permitir podar al Tribunal los recursos sin fundamento de una forma expeditiva.⁶

La respuesta legislativa no se ha hecho esperar casi nada. Los trabajos parlamentarios para modificar los artículos 50 y 86 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se han plasmado victoriosamente en la flamante LO 6/1988, de 9 de junio. Se ha dado marcha atrás a la enriquecedora experiencia de osados recursos de amparo. Si no hubiera sido por ellos, el cuadro de nuestras garantías constitucionales hubiera sido sólo una obra pictórica. Hoy es una realidad reconfortante. ¿Qué ha pasado para dar marcha atrás? El maldito atasco de asuntos. No se ha inventado una forma más útil de aligerarlos que podándolos de raíz, en una sumarísima fase de admisión y por capricho fundado: ¿Qué si no? Las reglas del recurso de amparo exigen formularlo en base a infracciones constitucionales. Hoy por hoy, cuando un recurso respeta las reglas del juego e invoca

lo que fuere, el Presidente del Tribunal Constitucional, cuyo voto de calidad salvó la legalidad de la expropiación, tiró la toalla e hizo mutis por el foro.

6. Las declaraciones han sido abundantes, según se ha encargado de airear la prensa. Vid., *ad exemplum*, *La Vanguardia* de 28-6-1987 y del 9-8-1987 y *El País* de 11-10-1986.

una infracción constitucional, muchas veces ya refrendada por otros fallos del Tribunal Constitucional, se impone la admisión del recurso y su tramitación como Dios manda. Pues no. Ya en los últimos tiempos se ha venido abusando del trámite de inadmisión para cargarse la gran mayoría de los recursos. Parece que se exige una especial inuición del Tribunal Constitucional *in limine*, lo que es sorprendente. Ahora se insiste y se refuerza legislativamente esa tendencia. ¡Abajo con el amparo! Más valdría haber hecho un muestreo aleatorio para admitir los recursos. Ahora va a haber que inventar el amparo contra el desamparo. Tiempo al tiempo.

7. ¡NO MÁS COLAS!

Lo grave del caso es que estos malos hábitos se contagian pronto y se propagan más rápido que la peste galopante. Paralelamente a esta reforma de la LOTC para podar los recursos que llegan a dicha cumbre jurisdiccional, se ha puesto en marcha otra con las mismas aviesas intenciones: aligerar la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, que hace aguas por la inundación de casaciones penales que endémicamente padece.

Aquí las cosas van todavía más lejos. Se consagra, desde luego, la inadmisión del recurso cuando, a ojo, carezca manifiestamente de fundamento o cuando el Tribunal Supremo ya hubiere desestimado otros sustancialmente iguales. ¡Dios, que se introduzca el chequeo obligatorio anual del sentido de la vista de los Magistrados de dicha Sala, y que las computadoras no nos la jueguen por el tropiezo en un *bad cluster*! De suyo, lo que se ha hecho es trasladar la decisión del recurso a la fase de admisión. ¿Por qué no? Pero dígase claramente para que nadie se llame a engaño. Además, se considera el atasco como una consecuencia del bulto que origina el personal haciendo cola ante la Sala para despachar una vista, aunque sea en 10 minutos. Pues suprimamos las colas, que no venga nadie que no apueste por lo menos a 6 años de cadena. Para las bagatelas sobran las palabras. Y ello aunque la Constitución haya apostado, ingenuamente, por la oralidad. Esto, por lo que se ve, es sinónimo de atascos y escaparate poco edificante de gentes pidiendo la palabra.⁷

7. Nadie se ha atrevido a aplicar la misma medicina al Tribunal Central de Trabajo, muchísimo más colapsado y, por lo demás, condenado en la LOPJ a desaparecer. Aquí, al parecer, se ha tenido que echar mano de una especie de ch-

Mucho me temo que la medicina en elaboración contra los atascos de determinados órganos superiores de nuestros Tribunales de Justicia puede llegar a tener efectos secundarios importantes. La duda se extiende a preguntarse si corren el mismo riesgo otras instancias procesales. ¿Qué tardaremos en considerar molesto el aumento de clientela a la puerta de los Juzgados?

8. DE MILAGRO VIVIMOS EN LIBERTAD PROVISIONAL

Una de las cruces que ha traído de cabeza al legislador procesal ha sido jugar con la prisión provisional, desconociendo su filosofía y desviándola de su estricto significado. Por los errores de concepto se ha pagado un precio muy caro y todavía no se ha disipado la confusión en la práctica judicial.⁸ Quién le mandaría al legislador de 1980 echar mano de la prisión provisional como medida de tutela del orden público. Se dice que la calle quedó limpia, pero las cárceles explotaron. El legislador de 1983 volvió a tocar los hilos de la institución, a la par que rebajaba el rigor del Código Penal. El resultado fue que se vaciaron los centros penitenciarios y las calles se convirtieron en el Bronx. Hubo que envainársela y rehacer el camino desandado. Pero esta vez también hubo que hacerse el harakiri y reconocer legislativamente que en los Tribunales Penales también hay plazos de espera y no precisamente cortos. Fue como ponerle puertas al campo. Laboriosamente hubo que fijar un *deadline* para los presos en espera de juicio. Era casi una vergüenza tener que reconocer las colas en asuntos en que se juega el preciado valor de la libertad. Pero no hubo más remedio, para camuflar el plazo razonable de que hablaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Con cierta socarronería puede decirse que fue inútil. Los pájaros que tenían que volar, llegada la era de la migración, por unas u otras rozanes, volaron. Incluso se destapó un gran escándalo judicial en relación con el mafioso Bardellino, sin que faltara el picante de las faldas, el sexo y la pasta. Para frenar la desbandada, tapando cualquier posible agujero, hubo que hacer las maletas diplomáticas y salir a la

ríneos a escote por sentencia para poder salir del *impasse*. Que conste que a mí nunca me ha parecido mal estimular económicamente la productividad y que se podría profundizar todavía más en la fórmula.

8. Vid. ya la voz de alarma en el editorial de *Justicia* 84, II.

firma de Convenios de extradición con todo paraíso penal. Se organizaron safaris orquestados publicitariamente para pescar a los irredentos por el mal ejemplo que suponían. Edificante espectáculo, por la imprudencia legislativa de tocar una pieza de relojería sin saber exactamente cómo hacerlo.

El culmen de los tragos amargos en este campo es reciente. Por decisión jurisdiccional hubo que aguantar a un procesado en prisión provisional chupando cámara y largando un espiche en el Parlamento Vasco, nada menos que como candidato a la máxima representación autonómica. El parche legislativo es socorrido, pero ya se ha plasmado en la LO 4/1988, de 25 de mayo. ¿Quién habla de improvisación? Adivina adivinanza, ¿cuál será el próximo susto?

9. INTERMEDIO PARA MORALEJA

El espectáculo toca a su fin por el momento, porque las fábulas edificantes nunca deben ser muy extensas. La reflexión que se suscita puede acomodarse a las inquietudes personales de cada uno. Pero pudieran extraerse algunos asertos generales. El listado de ejemplos, que podría ser mucho más largo, suscita un inquietante dilema: O es que la realidad va muy deprisa y sorprende cada día al legislador, o es que éste no es demasiado previsor o carece de ojo clínico. ¿Quién le pone el cascabel al gato? De las leyes esperamos una programación de conductas futuras que nos preste un apoyo de seguridad a la convivencia en un estado de derecho. Legislar a salto de mata o reaccionando a estímulos externos es aceptable en casos puntuales. Como criterio de conducta, descalifica al legislador procesal. Las reglas del juego hay que conocerlas antes de empezar y produce desconfianza y desconcierto el cambiarlas sin ton ni son para arropar situaciones particulares comprometidas. No sólo es posible programar en materia procesal, sino que es imprescindible hacerlo, pero en todo caso con conocimiento de causa. Al menos para no dar la impresión de que se improvisa, porque así nos van las cosas. Nos está luciendo el pelo.

DACIONES DE CUENTA

LIBERTAD DE INFORMACION Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD *

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. Libertad de información. — II. Derechos de la personalidad: A) Violación del honor; B) Violación de la intimidad; C) Violación de la propia imagen. — III. La reparación del daño. — IV. Conclusiones.

I. LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Dentro del vasto y complejo campo en que se desenvuelve la actividad informativa y los modernos sistemas de comunicación de masas (mas media), el estudioso debe enunciar con claridad qué aspectos de aquélla pretende examinar para aclarar los puntos de partida y los objetivos.

Hablar de información ya indica al menos tres posibles enfoques: el de informar, el de informarse y el de ser informado. Junto a ello

* Como antiguo Colegial del Real Colegio de España en Bolonia y Doctor por su Universidad, constituyo para mí motivo de legítimo orgullo el participar con la presente Comunicación en uno de los solemnes actos académicos conmemorativos del IX Centenario de la Universidad. Agradezco al Profesor Federico Carpi, colega y amigo, sucesor en la Cátedra de Derecho procesal civil del Profesor Tito Carnacini, la feliz iniciativa en la organización de este Congreso Internacional extraordinario de Derecho Procesal sobre la «Protección jurisdiccional de los derechos humanos a nivel nacional e internacional» (Bolonia, 22-24 de septiembre de 1988), y la cordial invitación efectuada.

hay que subrayar también, de un lado, los aspectos funcionales que la información implica, esto es, la dimensión social de la actividad y medios para la difusión, comunicación y recepción; de otro, la actividad de información como expresión de una libertad de los sujetos informante y destinatario, que es la dimensión individual, que se reconduce a los esquemas propios de los derechos de libertad de los ciudadanos.

La información como dato relevante en el plano jurídico presenta entonces estos dos aspectos, y se podrá hablar de una función social de los medios de comunicación de masas por su directa incidencia en la formación de la opinión pública, y, al propio tiempo, entre los sujetos que se desarrolla el proceso comunicativo tanto el sujeto informante como el sujeto destinatario gozan ambos de una posición de libertad que potencialmente puede colisionar.

Nuestra atención se va a centrar en este último punto y de modo particular en la incidencia de la libertad de información con otros derechos fundamentales derivados de los llamados derechos de la personalidad, con los que, eventualmente, puede enfrentarse. Para este examen estudiaremos principalmente el cuerpo de doctrina que va fijando el Tribunal Constitucional respecto a la libertad de información, y algunos de los principales casos judiciales que han resuelto el propio Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, precisamente, ante supuestos en que se ha invocado una lesión o intromisión en esos derechos de la personalidad en el área del derecho privado por el ejercicio del derecho de información.

Esta elección y concreción del tema no es baladí. Sería ilusorio pensar que en un sector tan esencial para la colectividad social, y aún más para la persona, el ciudadano particular pueda quedar desprovisto de tutela jurídica cuando la actividad informativa se dirige a él y en su interés se afirma que se desarrolla.

El objeto de esta Comunicación es, pues, el tratar de encontrar un correcto punto de equilibrio entre las exigencias derivadas de la libertad-derecho de información —esencial en una sociedad democrática— y la tutela civil de los derechos de la personalidad. Este objetivo supone también tratar de hallar una línea ideal de actuación en la frontera de las relaciones entre individuo y sociedad.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4-11-1950) dispone en su art. 10.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar

informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.» (Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979. BOE de 10 de octubre de 1979).

La Constitución española, en su Título I, «Derechos y deberes fundamentales», establece en su art. 20.1: «Se reconocen y protegen los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; (...) d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.»

El art. 10.2 del Convenio, que más adelante examinaremos, dice que «en una sociedad democrática» se pueden justificar restricciones a la libertad de expresión. Y tanto el Tribunal como la Comisión Europea de Derechos Humanos arguyen con esta expresión de «sociedad democrática» un significado muy preciso en cuanto que se basan en los caracteres específicos de los sistemas políticos de los países miembros del Consejo de Europa, y que Martín BULLINGER sintetiza con las palabras claves de «pluralismo y tolerancia».¹

La libertad de opinión, según el mismo art. 10, es primordialmente una libertad individual («toda persona tiene derecho...») y, como es bien sabido, en buena doctrina constitucional opera como requisito previo de toda «sociedad democrática pluralista».

Este artículo consagra dos modos de libertad de expresión: 1. Libertad de comunicar información e ideas, y 2. Libertad de recibir información e ideas.

Ambas libertades, también en frase de BULLINGER, son «dos caras de la misma libertad de expresión, y normalmente tienen el mismo objetivo de aplicación, si bien la libertad de recibir información excede por tener un campo de acción más amplio a la de comunicación».²

La Constitución española en su art. 20 es más explícita que el texto de la Convención porque ya sabemos que los apartados a) y d) los

1. BULLINGER, *Freedom of expression and information: An essential element of democracy*, Report to the Sixth International Colloquy about the European Convention on Human Rights (Sevilla, 13-16 november 1985), en 6 HRLJ, 324 (1985).

2. BULLINGER, *Freedom of expression*, cit., 345.

conceptúa también como derechos. Pero como acertadamente advierte GONZÁLEZ BALLESTEROS, «nuestra actual Constitución no nos concede el derecho a la libertad de expresión y de información, lo que se hace es, y esa es su grandeza, reconocer y proteger tales derechos. Estima pues que son derechos fundamentales, innatos a la persona, y no los concede, lo que se hace es reconocerlos y protegerlos. Son derechos de libertad, y como tales nos los protege frente a los actos del poder público que estorben o impidan su ejercicio».³

Pero, además, no cabe ya duda que la información, como recientemente ha señalado PERLINGIERI, «en una sociedad democrática, representa el fundamento de la participación del ciudadano en la vida del país y por tanto del mismo correcto funcionamiento de las instituciones, asume sus características específicas en estrecha relación con las condiciones históricas y culturales en las que se desarrolla y aún más con los principios fundamentales y los valores que caracterizan el sistema jurídico-político».⁴

Por ello, y dado que en una sociedad democrática pluralista la información depende de un complejo sistema de factores, políticos, empresariales y también de formación profesional de quien comunica las noticias o ideas, la calidad y la eficacia de la información como resultado también está relacionada con la formación cultural del destinatario y a su conducta o posición activa de ciudadano en la búsqueda y depuración de las noticias que los diversos medios de comunicación le suministran. Bajo esta óptica, hay que resaltar la libertad de buscar información como dato lógico previo a la de recibir información y que debe complementarse con un genérico derecho a la información que supondría, según BALLE: a) un derecho a ser informado generalmente de los asuntos importantes que afectan a la comunidad por parte de las autoridades públicas y los medios de comunicación; b) Un derecho de acceso a la información que a petición de los interesados deben atender las autoridades públicas o los particulares según los casos.⁵

Enunciados así sintéticamente estos aspectos, la fórmula derecho a la información revela que no siempre estamos refiriéndonos a los esquemas del derecho subjetivo, pues con el apartado a) se perfila

3. GONZÁLEZ BALLESTEROS, *Las libertades de expresión y de información en las resoluciones de los Tribunales de justicia*, en *Actualidad Penal*, n.º 26, 1987, página 7.

4. PERLINGIERI, *Información, libertad de prensa y dignidad de la persona*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, n.º 2, p. 7.

5. BALLE, *Medias et société*, 3.ª ed., París, 1984, p. 195 y ss.

la información en un sentido amplio que se da al individuo no como sujeto aislado, sino esencialmente en cuanto miembro de una colectividad, es decir, adquiere un relieve dominante la dimensión colectiva del derecho y el carácter instrumental de la información que se difunde a nivel general; y con el apartado b) se manifiesta una mayor participación del sujeto según los casos concretos, pues el derecho a informarse con el fin de realizar mediante la información un interés propio comporta también una mayor exigencia y responsabilidad e incluso puede derivar de ser titular de un auténtico derecho subjetivo a tomar conocimiento para el ejercicio de cualquier derecho. En este concreto aspecto el derecho a ser informado o recibir información es presupuesto respecto a la posibilidad de ejercitar un derecho y estaríamos en el vasto campo del derecho privado, es decir, estaríamos ante exigencias y situaciones que están previstas por normas legales concretas.

Esta aproximación basta para nuestros fines y reenviamos a un amplio temario rico en perspectivas al que la doctrina⁶ viene dedicando una atención preferente en los últimos tiempos y que por el carácter polivalente del vocablo designa la actividad comunicativa y su objeto la noticia, al igual que el fenómeno de la información afecta al sujeto comunicante y al destinatario.

Nos interesa ahora detenernos en mostrar cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional este derecho y libertad de información que proclama el art. 20.1 ya citado.

En una de sus primeras sentencias, la de 16 de marzo de 1981 (Ponente: Rubio Llorente) se afirma en el fundamento jurídico 3:

«Que el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.»

6. ROMERO COLOMA, *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Barcelona, 1984; el ya citado artículo de González Ballesteros en nota 3; MARÍN CORREA, *Justicia y medios de comunicación, el juez garantía y sujeto de la libertad de información*, en *Actualidad Administrativa*, n.º 32 (1987), pp. 1913 y ss.; ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, pp. 129 y ss.; CUFFARO, *Profillo civilistici del diritto all'informazione*, Nápoles, 1986.

El fundamento jurídico 4 comienza hablando de la libertad de expresión como derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que los protege frente a cualquier ingerencia de los poderes públicos, para seguidamente tratar:

«del derecho de comunicar y recibir información veraz, fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar, que en cierto modo puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos...».

El entonces magistrado del TC Fernández Viagas formuló un voto particular en cuanto al fondo de la sentencia, y examinando los distintos apartados del art. 20 realizó la siguiente afirmación al extremo que aquí interesa:

«El legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión, y específicamente a la libertad de prensa, un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo; aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político que el art. 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico...»

Igualmente el TC, en su sentencia 12/1982, de 31 de marzo (Ponente Sr. Díez-Picazo), en su fundamento jurídico 3 afirma:

«... que el art. 20.1 de la Constitución, en otro plano, significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de las noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre...».

La sentencia del TC 105/ de 23 de noviembre de 1983 (Ponente señor Pera Verdaguer), en su fundamento jurídico XI estableció la siguiente doctrina en el llamado caso Vinader:

«El apartado d) del número 1 del art. 20 de la Constitución consagra el derecho a comunicar o recibir libremente información

veraz por cualquier medio de difusión, estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva. Se trata, como el art. 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz. El objeto de este derecho es, por consiguiente, el conjunto de hechos que pueden considerarse como noticiables o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión.»

Una gran importancia reviste la sentencia del TC 104/ de 17 de julio de 1986 (Ponente Sr. Tomás y Valiente), por el estudio comparativo que efectúa sobre la prevalencia del derecho de expresión sobre otro derecho constitucional cual es el derecho de honor (art. 18.1) y que examinaremos más adelante.

También la sentencia del TC 168/ de 22 de diciembre de 1986 (Ponente Sr. Leguina Villa) insiste en similares ideas en su fundamento jurídico 2 se dice:

«Que el texto del art. 20.1, d), reconoce dos derechos, íntimamente conectados, que en aras del interés de todos en conocer los hechos de actualidad que puedan tener trascendencia pública se concretan en la libre comunicación y recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho no son sólo los titulares del órgano o medio difusor..., sino primordialmente la colectividad y cada uno de sus miembros (...). El derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución...»

En parecidos términos se manifiesta la sentencia del TC de 27 de octubre de 1987 (Ponente Sr. Díaz Eimil), en su fundamento jurídico 10:

«La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, viene determinado

por su condición de garantía de la opinión pública que es una institución constitucional al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger.»

El Tribunal Supremo también ha recogido estas argumentaciones, sirva de ejemplo la sentencia reciente de 21 de enero de 1988 (Sala 2.ª, Ponente Sr. Ruiz Vadillo) que en su fundamento jurídico Cuarto, 3, indica:

«La libertad de expresión y de información, dentro de la cual se contiene el derecho a recibirla, de la que es destinatario el Pueblo, constituye uno de los ejes del pluralismo político y uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática; una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Una de sus expresiones más significativas es el derecho de los medios de comunicación a informar, sin el cual, como acaba de decirse, no existe sociedad democrática y también lo es el derecho-deber de quienes desempeñan funciones para las que fueron elegidos por los ciudadanos y en general de cuantas personas ocupan puestos de autoridad, de comunicar, dentro de los límites que en cada caso procedan, las vicisitudes de los asuntos encomendados y los problemas que su administración produce con análoga significación a la obligación que el mandatario tiene de dar cuenta al mandante o comitente de la gestión ejecutada.»

Tras este rápido *excursus* de las sentencias apuntadas, bástenos, por ahora, resaltar las siguientes afirmaciones: «el aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político»; «necesaria premisa de la opinión pública libre»; «de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros»; «medio de formación de opinión pública»; «valor de libertad preferencial frente a otros derechos fundamentales...».

II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El profesor Federico De Castro, en un conocido trabajo al enfrentarse con esta problemática, enseñaba: «Con nombres distintos y con diferentes conceptos técnicos (esfera de la personalidad, derecho de la personalidad, derechos de la personalidad) se alude y se trata de definir una misma realidad: los valores del hombre como persona...». Y en el colofón de su extenso trabajo advertía: «He aquí una importante misión de los juristas de todos los países. No sólo procurar

la protección de la persona en el Derecho privado sino también contribuir a la educación de la sociedad en este sentido. Será necesario encontrar medios técnicos para armonizar, de un lado, la protección de la libertad y de la intimidad personal, y de otro la eficacia administrativa y la libertad de prensa. La falta de normas legislativas, lo inconcreto de la materia, es ciertamente una gran dificultad, mas ello supone una ventaja nada despreciable, la de permitir un juego más amplio a la labor del jurista.»⁷

Desde el punto de vista de la tradición civilista, la doctrina ha tenido siempre presente y como punto central el desarrollo y la tutela de la personalidad del individuo independientemente de la forma de concebir estos derechos de la personalidad.⁸ De este modo la libertad de expresión y de información se han estudiado en su estrecha incidencia con diversos aspectos de los derechos de la personalidad: honor, reputación, imagen, intimidad o privacidad, etc.

La persona, entonces, *sub specie iuris* es el foco de atención de toda una serie de derechos expresamente reconocidos por el legislador, que se dicen connaturales a la propia persona, y que están específicamente individualizados en cuanto son expresión de la relación entre el individuo y la diversa realidad fáctica circundante.⁹ De ahí que, ante una situación jurídica dada, la posible lesión de un interés tutelado se reconduzca a la esfera del derecho propio y exclusivo de cada sujeto.

El interés tutelado a su vez se confunde con el bien propio del sujeto en cuanto persona y con los mecanismos de tutela que defienden

7. Federico DE CASTRO, *Los llamados derechos de la personalidad*, en *Anuario de Derecho civil*, 1959, pp. 1237, 1274 y 1275.

8. La bibliografía es abrumadora. El lector interesado encontrará unos certeros planteamientos e información en CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/1982, de 5 de mayo*, en *Anuario de Derecho civil*, 1983, pp. 1249 y ss.; del mismo autor, su *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, en *Libro-Homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 101 y ss.

9. Merece destacarse la idea y el desarrollo del *allgemeines Persönlichkeitsrecht* que, como es sabido, surgió en Alemania el pasado siglo, y sus múltiples distinciones doctrinales entre *Mensch* y *Person*, entre *Individualrechte* y *Persönlichkeitsrechte*.

Quizás haya sido en nuestros días Hubman el autor que más apasionadamente ha combatido por su reconocimiento proponiendo los perfiles unitarios de un derecho general de la personalidad. Vid. las importantes contribuciones doctrinales en el *Festschrift für HUBMANN, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen*, Frankfurt, 1985.

ese bien en caso de agresión o de lesión, para solicitar el resarcimiento, reintegración, rectificación o reparación.

La posición del destinatario del proceso informativo que desarrollan los medios de comunicación de masas no puede ser considerada entonces en términos exclusivos institucionales de situaciones o derechos de libertad, ya que aun siendo éstos esenciales no expresan por sí solos de forma adecuada la tutela del interés o bien individual. No basta, pues, resaltar sólo el alto papel atribuido a la actividad informativa y a quien la desarrolla, es preciso tener en cuenta también la posición de aquellos a quienes se dirige tal actividad y su incidencia en la esfera pública o privada de los mismos para conseguir un cuadro real y completo de la situación de que se trata.

El legislador ha tenido siempre presente estas exigencias para restringir el ámbito de la libertad-derecho de información y expresión. Precisamente el propio art. 10.2 del ya citado Convenio para la protección de los derechos humanos, establece: «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integración territorial... la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales...».

Por su parte, la Constitución Española, en el art. 20.4, señala: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.»

Los problemas más complejos de la vida real surgen ante situaciones de colisión con otros derechos y bienes tutelados y con distinto o igual rango normativo. Para estos casos:

«... el ordenamiento jurídico establece las acciones penales y civiles y los procedimientos necesarios para investigar la verdad de los hechos publicados o difundidos, así como para obtener la debida reparación de los perjuicios causados por informaciones inexactas o falsas; acciones y procedimientos que los interesados pueden ejercitar en cualquier caso y de los que ha de resultar, también en beneficio de la colectividad, la determinación de los hechos como ciertos o inciertos, con los efectos de la cosa juzgada» (STC 168/1986, de 22 de diciembre, fdt. jdc. 4).

Es sabido que tradicionalmente ha sido muy frecuente el recurrir a la vía penal especialmente para la protección del honor frente a la injuria y la calumnia, para, caso de prosperar aquélla, exigir la oportuna reparación en concepto de daños morales al amparo del artículo 1.902 del Código Civil. Pero, tras la Constitución vigente, se han abierto otras vías judiciales tanto ordinarias como extraordinarias. En este sentido hay que mencionar el procedimiento previsto en el art. 53.2 de la Constitución, o sea, ejercitando el procedimiento de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; también la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (que desarrolla precisamente el artículo 18.1 de la Constitución), y finalmente el ejercicio del derecho de rectificación objeto de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo.

Esta amplia gama de posibilidades legales muestra de forma clara el saludable propósito de ofrecer un marco jurídico distinto al estrictamente penal. PERLINGIERI lo ha expuesto hace poco en Italia, ante una situación parecida, de forma brillante: «El cambio radica en el laudable intento de liberar cada vez más la protección civil de la posición subordinada y servil a las sanciones y nociones penales. Basta pensar en las figuras del honor y de la reputación. El problema no es tanto el de la duplicidad de tutela, sino el de la evidenciación de la diversidad de bienes tutelados en el ámbito penal y en el civil que se traduce también en una diversa amplitud y relevancia.»¹⁰

Para ello hay que traer entonces a un primer plano como punto de partida para ulteriores análisis los derechos de la persona, su dignidad y los derechos inviolables que le son inherentes, y a cuya tutela tiene derecho todo hombre. En suma, el respeto de la persona humana que en nuestro Ordenamiento constitucional, no lo ovidemos, se erige en valor primario y fundamento del orden político y de la paz social (art. 10).

Pasemos por tanto a examinar cómo garantizan nuestros Tribunales estos bienes de la personalidad contemplados por la LO de 5 de mayo de 1982, como son el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; derechos fundamentales de la persona en dicción del art. 18.1 de la Constitución y que operan, además, como límites frente a las libertades de expresión y de información, según el artículo 20.4 del propio texto constitucional.

10. PERLINGIERI, *Información, libertad de prensa*, cit., p. 9.

A) *Violación del honor*

Como ya quedó apuntado, el Tribunal Constitucional, con su sentencia 104/1986, de 17 de julio (Ponente Sr. Tomás y Valiente), sentó una importante y discutible doctrina en su fundamento jurídico Quinto, que debemos aquí reproducir:

«El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1, a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el art. 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión (art. 20.1, a) y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20.1, d) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas prevalentes, sino que se impone una necesaria casuística ponderación entre uno y otra. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático.»

Antes de transcribir el segundo párrafo de este mismo fundamento jurídico Quinto, conviene retener los siguientes puntos del discurso: 1) En caso de conflicto no debe prevalecer necesariamente el derecho al honor respecto al ejercicio de las libertades de opinión y de comunicación de información ni viceversa; 2) Se impone siempre una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra; 3) Aunque el derecho al honor opera como límite frente al ejercicio de las libertades del art. 20.1 de la Constitución y no a la inversa, estas libertades representan además, en cuanto garantizadoras de la opinión pública libre y ligadas indisolublemente con el pluralismo democrático, un requisito del funcionamiento del Estado democrático,

Y continúa el Tribunal Constitucional con el párrafo segundo:

«Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor; o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art. 20 de la Constitución "garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática" (STC 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales.»

Otra idea a retener sería la 4). Las libertades del art. 20 representan un valor superior —el ser garantía de una institución pública fundamental— que trascienden a las comunes y propias de los derechos fundamentales.

Igualmente la sentencia del TC 168/1986, de 22 de diciembre, ya citada, en su fundamento jurídico 3, expresa de forma más resumida y no tan rotundamente las mismas ideas cuando dice:

«... el conflicto entre ambos derechos fundamentales no puede resolverse otorgando prevalencia al proclamado en el art. 18.1 de la Constitución, sino que se impone siempre una ponderación entre uno y otros, sin olvidar que en esa ponderación el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria a su vez para el recto ejercicio de todos los demás derechos en que se fundamenta el sistema político democrático.»

Ya es ha producido una importante y debida restricción a esta orientación con otra sentencia del TC de 27 de octubre de 1987 (Ponente Sr. Díaz Eimil), cuando en su fundamento jurídico Décimo, podemos leer:

«La libertad de información... este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero sí significa que el valor preferente de la libertad

declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte en favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste.»

Merece ahora subrayarse de este párrafo: 1) El valor preferente de la libertad de información se reconoce tanto a los profesionales de la información como a cualquier otro ciudadano; 2) Este valor preferente encuentra su máxima expresión cuando se desarrolla a través de los medios normales de comunicación, y declina en caso contrario.

Y prosigue la sentencia:

«La misma inversión se produce si la información no se refiere a personalidades públicas, que al haber optado libremente por tal condición deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el art. 20 CE, que le confiere el n.º 4 del mismo artículo.»

En este párrafo hay que destacar la importantísima restricción al ya tan proclamado «valor preferente» de la libertad de información: 3) En el caso que dicha información suponga una intromisión en el honor de las personas privadas (no personalidades públicas), éste debe prevalecer, en principio, sobre aquélla.

Para efectuar esta ponderación el TC añade la siguiente matización:

«A todo ello procede añadir que la libertad de información, al menos la que incide en el honor de las personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno en todo caso innecesarias para el fin de la formación pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio.»

Es decir, que ante la posible intromisión en el honor de las personas privadas, que sería ahora el «valor preferente» frente a la li-

bertad de información que lo lesione, habría, finalmente: 4) Que efectuar la distinción «entre información de hechos y valores de conductas personales».

Creemos que esta sentencia supone una considerable limitación e importante matización frente a la ya examinada del propio Tribunal de 17 de julio de 1986, aunque ciertamente estimamos dará mucho que hablar la sutil distinción entre «información de hechos y valoración de conductas».

El Tribunal Supremo, por otra parte, ha tenido ya ocasión de pronunciarse en varias sentencias sobre el conflicto entre la libertad de información y los derechos de la personalidad que consagra el art. 18.1 CE precisamente por la vía señalada de la LO de 5 de mayo de 1982.

En el preámbulo de esta ley se dice «que los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad...», y el art. 1.3 los califica de «irrenunciables, inalienables e imprescriptibles». El art. 7 indica cuándo tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de esta ley, enumerando un variado catálogo de situaciones.¹¹

La primera de estas sentencias ha sido la de 28 de octubre de 1986 (Sala 1.ª, Ponente Sr. Serena Velloso), dictada con motivo de la de-

11. Artículo 7: «Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien hace uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.»

manda interpuesta por los herederos del torero Paquirri por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización; en dicha sentencia se establece la siguiente doctrina general en su fundamento jurídico 7.º:

«Es obligado de notar que la protección de los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, la cual protección se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos disintos de los casos enunciados en el art. 7 de la ley. Estos casos la atraerán desde luego, pero a la manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad destacados del fondo del principio general *alterum non laedere*. No constituyen, sin embargo, un *numerus clausus*.»

El art. 2.1 de la Ley de referencia habla que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». De esta forma se aclara en el preámbulo de la ley: «la cuestión se resuelve en la ley en términos que permitan al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas».

En esta línea debemos citar dos STS, una de la Sala 1.ª y otra de la 2.ª, que han estudiado con rigor y profundidad la intromisión en la esfera del honor.

La de la Sala 1.ª es de 23 de marzo de 1987 (Ponente Sr. Fernández Martín-Granizo), y su fundamento jurídico 7 expresa que:

«La construcción jurídico-social del honor, la han llevado a cabo en el Derecho, principalmente, los penalistas, por el hecho de figurar desde antiguo su ataque entre los tipos que aparecen en la generalidad de los códigos punitivos. Ello no implica, sin embargo, que los conceptos esenciales de dicha construcción no puedan trascender a otros ámbitos jurídicos —civil y contencioso-administrativo, por ejemplo—, principalmente a partir de las Declaraciones de los Derechos de la Persona y subsiguientemente en las Constituciones... Este derecho fundamental se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexados: el de la inmanencia o mismidad, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia o exterioridad integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Por ello, el ataque y en su caso lesión al honor se desenvuelven tanto en el marco interno de la propia intimidad como en el

externo del ambiente social, y por ende profesional, en el que cada persona se desenvuelve. Porque a ello ha de agregarse que, aun cuando para forzar ese estricto círculo intimista se pretenda agrupar los derechos fundamentales que se contienen en el art. 2.1, lo cierto es que son tres los que en el mismo aparecen: el honor, la intimidad personal y la propia imagen, derechos éstos entre los que si bien existen indudables conexiones y acaso en ciertos momentos interferencias, son distintos, cual revela la dicción del citado precepto.»

En el fundamento jurídico 22 de esta sentencia se alude a:

«... los arts. 453 (calumnia) y 457 (injuria) del Código Penal, aspectos éstos del tipo ataque contra el honor que aun cuando no vinculen al orden jurisdiccional civil sí le sirven, por las razones expuestas en el fundamento séptimo de este recurso, como módulo hermenéutico para fijar el contenido y caracterización de dicho derecho fundamental...».

La sentencia de la Sala 2.ª es de 21 de enero de 1988 (Ponente Sr. Ruiz Vadillo), sobre desacato a la autoridad, imputaciones calumniosas e injuriosas, libertad de expresión y derechos al honor, y contiene en su fundamento jurídico Cuarto interesantes precisiones sobre nuestro tema:

En el punto 4.º se habla de que:

«Sopesar dentro de la realidad social, siempre compleja, los intereses que convergen en una determinada situación es tarea muy difícil pero inevitable. El enfrentamiento real o aparente entre el derecho a la libre expresión y el derecho al honor en cualquiera de sus manifestaciones, comprendiendo el nivel de respeto y respetabilidad a que tienen derecho todas las personas físicas y jurídicas y las Instituciones, ha de encontrar vías de solución. Es por ello por lo que corresponde a los jueces ponderar la relación entre el derecho al honor (y dentro de él, con los adecuados temperamentos, la idea de desacato) y las libertades del art. 20.1, a) y d) de la Constitución. Aquél no sólo es un límite a estas libertades, sino en sí mismo un derecho fundamental (cf. STC de 17-7-1986); los conceptos necesidad social, así como la proporción al fin que se persigue, si es legítimo, han de estar presentes en esta decisión.»

El punto 6.º de este mismo fundamento jurídico añade que:

«... resulta también imprescindible examinar si concurre algún supuesto de justificación (cf. art. 8.11 del Código Penal) y si existe

el imprescindible elemento subjetivo o culpabilístico, situándose en sede constitucional bajo las ideas de que no hay derechos absolutos e ilimitados, de que cuando son varios los que concurren en un determinado supuesto hay que sopesarlos y finalmente que todo ello ha de ser contemplado bajo el prisma del principio de proporcionalidad».

Como vemos, el TS ha delimitado las esferas conflictuales con atinadas observaciones, pero, en suma, ¿ha seguido la línea trazada por el TC en sus sentencias de 17 de julio de 1986, reiterada en la de 22 de diciembre del propio año y más tarde restringida con la de 27 de octubre de 1987? La respuesta difiere según los supuestos contemplados. Examinemos algunos.

En la sentencia de 4 de noviembre de 1986 (Sala 1.ª, Ponente Sr. Serena Velloso), acerca de la demanda presentada por D.ª Dolores M. G. contra la Cía. mercantil Grupo Promotor Salmantino S.A., propietaria del diario *La Gaceta Regional* de Salamanca, sobre intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, en su fundamento jurídico 5, tras aludir al art. 20 CE y a las limitaciones del n.º 4 del mismo artículo, indica *in fine*:

«Convencido el texto periodístico de atentatorio al honor, esto es, a la pública estimación de la actora en su condición de funcionario público, no puede menos que caer bajo la sanción de la ley, pues la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita a persona identificada por su nombre y apellidos de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio y reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento.»

En la de 23 de marzo de 1987 (Sala 1.ª, Ponente Sr. Fernández Martín-Granizo), en demanda representada por D. José T. L. contra D. Luis de B. T., la Administración Civil del Estado, en la persona del Director de Radio Nacional de España, sobre protección civil del derecho al honor, se estudian, como ya se apuntó anteriormente, el ámbito del derecho al honor y otras importantes cuestiones. Para lo que nos interesa, en su fundamento jurídico 19 se habla de que:

«2) Respecto a la libertad de expresión y de prensa, en la que se hace especial hincapié, derecho reconocido en la generalidad, por no decir en la totalidad, de los textos constitucionales, porque cual acontece en todos los derechos fundamentales no es un derecho ilimitado ni ilimitable; porque carece igualmente de base cons-

titucional en cuanto no tiene otra que la lógica de quien como el recurrente es profesional de los medios de información y difusión que los derechos del art. 20 de la Constitución deban, cual indica el motivo, prevalecer en este concreto supuesto sobre el del honor. 3) Porque es igualmente regla general en el ámbito del Derecho constitucional comparado que el derecho a la libertad de prensa y de expresión vengan sujetos a limitaciones, entre las cuales se encuentra, precisamente, la de respeto a los derechos de los demás.»

Por fin, también la sentencia de 21 de enero de 1988, ya reseñada, y de la que hemos expuesto alguno de sus puntos principales, en su fundamento jurídico Cuarto con carácter amplio y generalizar indica en su punto 1 lo siguiente:

«Existe una jerarquía intraconstitucional de los bienes o valores integrados en la ley fundamental, pero en su determinación no cabe establecer reglas absolutas o inflexibles, sino que éstas han de fijarse en función de las circunstancias concurrentes. El perfil de cada uno de los derechos, en principio, no es nunca absoluto ni ilimitado, sus notas y fronteras, cuando colisiona con otro, u otros, vendrán determinados por razones de ponderación y en su caso de preferencia. 2. Estos factores, siempre variables, como corresponde al dinamismo de la propia vida social, han de actuar con distinta intensidad, según los casos, para equilibrar la protección plural y no siempre convergente ni paralela de los derechos fundamentales.»

Mas en el fundamento jurídico Quinto se sitúa en la línea de la primera sentencia del TC estudiada cuando afirma, en el punto 7:

«El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión se inspiran y cobran su fuerza legitimadora en dos diferentes fuentes o valores superiores (cf. sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1986). Ambos son definitivamente importantes, pero atendiendo a su naturaleza, a la luz de la Constitución, cuando entran en colisión, se impone, como ya se anticipó, fijar una preferencia que, en principio, corresponde a la libertad de expresión porque sin ella no puede vivir una sociedad democrática.»

B) Violación de la intimidad

Como no es éste el momento para teorizar sobre el concepto de intimidad, podemos aceptar la descripción que de la misma hace URABAYEN: «Es innecesario acudir a etimologías para saber que el con-

cepto de intimidad se refiere a lo interior, a lo más reservado, a lo más profundamente sentido por el ser humano. Lo íntimo se opone a lo público, a lo proclamado a otros. Se relaciona con soledad, con reserva, se refiere a una persona en sus relaciones consigo mismo o con algunas otras que muy cercanas a él —mujer, hijos, padres, algunos amigos— le rodean en su vida cotidiana como sucesivos y apretados círculos concéntricos.»¹²

Antes ya quedó señalado, citando la sentencia del TS de 28 de octubre de 1986, que la protección de los bienes de la personalidad había de dispensarse dentro de una «intensa relativización correlativa a la índole de los mismos», para lo cual, se decía, el art. 7 de la ley no constituía un *numerus clausus* de agresiones ilegítimas a la intimidad. Pues bien, en esa misma sentencia se expone con gran rigor la delimitación de la intimidad en el fundamento jurídico 7, cuando dice:

«De otra parte, la denotada relativización con la que ha de otorgarse la protección se manifestará tratando la personalidad y correlativa intimidad de cada persona y en cada caso según las circunstancias que operarán decisivamente antes del contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta: ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el juez, al efecto, las más relevantes. Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada la esfera valorativa del juez, a quien competirá antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del “trozo de vida” que conviene a aquélla, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la ley remite en su art. 2.1. Y es que la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas conforme al ya invocado punto uno de su artículo segundo. Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y más señaladamente todavía, y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona.»

12. URABAYEN, *Vida privada e información. Un conflicto permanente*, Pamplona, 1977, p. 9.

La aplicación de estas lúcidas directrices —en parte ya apuntadas en el preámbulo de la ley— lleva al tribunal a mantener el caso de autos:

«Que participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos y, llegado el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevinida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la intervención de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando *a fortiori* el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en un lance propio del mismo, aunque eventual.»

También en la sentencia del TS de 4 de noviembre de 1986 ya citada, y de la que fue Ponente el mismo Magistrado, se reiteran, en parte, consecuentemente, las mismas directrices.

C) Violación de la propia imagen

La sentencia del TC de 30 de octubre de 1987 (Ponente Sr. García-Mon y González-Regueral), en su fundamento jurídico Cuarto, indica el marco general de protección de este derecho fundamental:

«Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertinentes a la intimidad que garantiza este precepto.»

En el caso enjuiciado, el recurrente sostenía que:

«... la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona.»

El TC no accedió al amparo solicitado, por entender que:

«No pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula. Y es desde esta perspectiva desde la que ha de analizarse la vulneración de los derechos invocados por el recurrente. No es, por tanto, una difusión o captación ilícita de su propia imagen contraria al artículo 18.1 CE, ni tampoco la decisión personal sobre la apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que se desarrolla la actividad profesional (...). Desde esta perspectiva, la cuestión planteada por el recurrente carece, según lo razonado en apartados anteriores, de entidad constitucional...»

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Más arriba quedaron indicadas las diversas vías judiciales que se habían abierto tras la Constitución en beneficio de la persona lesionada en sus bienes o derechos de la personalidad:

«Desde el punto de vista del derecho sustantivo, no cabe duda que también podrá optarse por la protección penal, aunque determinándose la responsabilidad civil por la ley especial y siguiéndose, de haberse elegido la protección civil, el efecto consuntivo del párrafo segundo del art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (STS de 4 de noviembre de 1986, fundamento jurídico 4.º, *in fine*).

O dicho con otras palabras:

«Habiéndose acudido por el presunto ofendido al orden jurisdiccional que le ofrece la citada LO 1/1982, si el órgano ante el que se ejercita la acción, en este caso el civil, se consideró competente para conocer de la cuestión ante él planteada, ello conlleva el que estimando que la intromisión no era constitutiva de delito, era él quien ostentaba la competencia, con lo cual el contenido de la referida ley quedaba suficientemente cumplido. Por otra parte, lo que está haciendo el n.º 2 del art. 1 de la Ley 1/1982 es sancionar un principio procesal fundamental ya consagrado en la LECrim.: la preferencia inicial de la jurisdicción penal frente o ante las restantes cuando exista prejudicialidad arts. 362, 504, etc. Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre todo art. 10.1 Ley Orgánica del Poder Judicial» (STS de 23 de marzo de 1987, fundamento jurídico 5).

También cabe la posibilidad de ejercitar el llamado derecho de rectificación regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo, que consiste en la facultad otorgada a toda persona, natural o jurídica, de:

«rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio (art. 1). Se satisface este derecho mediante la publicación íntegra y gratuita de la rectificación, referida exclusivamente a los hechos de la información difundida en los términos y en la forma que la ley señale (arts. 2 y 3). Configurado de este modo, el derecho de rectificación es sólo un medio de que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor o en cualesquiera otros derechos o intereses legítimos, cuando considere que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos. Esta legítima finalidad preventiva —que es independiente de la reparación del daño causado por la difusión de una información que se revele objetivamente inexacta...» (STS 168/1986, de 22 de diciembre, fundamento jurídico 4.º).

La utilización de este derecho de rectificación no es incompatible con la LO 1/1982, pues la compatibilidad está expresamente declarada por el párrafo último del art. 6 de aquél.

El art. 9.3 de la Ley 1/1982 establece terminantemente que: «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.»

A este respecto, la sentencia del TS de 23 de marzo de 1987, tantas veces ya citada, en su fundamento jurídico 24 expresa que:

«... la peculiaridad del tema unido a su novedad en el marco de la casación hace conveniente que esta Sala se pronuncie sobre el mismo. En consecuencia, y a título de meras reflexiones de carácter general e independientemente de lo que cada supuesto concreto aconseje, cabe indicar: 1) Que el ataque a referidos derechos fundamentales, según el dictado de la ley que se acaba de señalar (LO 1/1982) se presume produce en principio daños indemnizables. 2) Que tales daños pueden ser tanto morales como pecuniarios *stricto sensu*. 3) Que la fijación de estos perjuicios corresponde a los Juzgados y Tribunales. 4) Que para la determinación pecunia-

ría de tales menoscabos materiales o morales, deberán tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida en relación con la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido el ataque y con el beneficio que el causante del daño hubiere obtenido, extremos éstos cuya valoración corresponde también a los Juzgados y Tribunales».

En efecto, y junto a los criterios que esta sentencia ordenadamente expone, hay que celebrar, como ya hizo la sentencia del propio TS de 4 de noviembre de 1986, el que se posibilite el acceso a la casación civil de la revisión del importe del monto de las cantidades por indemnización concedidas por intromisiones ilegítimas en el ámbito de la Ley 1/1982. Como dice Igartua: «De este modo se rompe con una de las doctrinas más sólidamente construida por nuestra Sala 1.ª, la de que el montante de las indemnizaciones no es susceptible de considerarse en casación.»¹³

Hay que compartir esta orientación que equipara el tratamiento con la jurisprudencia de la Sala 2.ª del mismo Tribunal. No obstante, debe notarse la novedad que también supone el inciso final del artículo 9.3 de la ley: «También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.» Aunque en teoría, advierte el propio Igartua, «una acción de daños como la contemplada en el art. 9 de la Ley 1/1982 (cuestión aparte es si se trata de la misma acción que la del 1.902 del Código Civil) debe dirigirse a obtener la reparación del daño, no a recuperar el beneficio del infractor. Para eso, en el terreno que nos ocupa, puede haber dos vías: o el ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto, o el reconocimiento de un derecho patrimonial sobre los bienes de la personalidad.»¹⁴

Esto último es lo que cabalmente, a mi entender, ha consagrado la Ley 1/1982, y precisamente por ello al «patrimonializar» la reparación del daño, o sea, al «presumirse siempre la existencia del perjuicio cuando se acredite la intromisión ilegítima» de la que habla el art. 9.3, el legislador ha dado un paso más que desborda las pautas clásicas del art. 1.902 CC. Habrá que esperar el desarrollo jurisprudencial de este nuevo perfil.

13. Sobre este particular y otras cuestiones, las atinadas observaciones de IGARTUA, *La protección del honor y la intimidad* (Comentario a la S de la Sala 1.ª del TS de 4 de noviembre de 1986), en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 5, marzo de 1987, pp. 90 a 93.

14. IGARTUA, *La protección del honor*, cit., p. 92.

IV. CONCLUSIONES

Las líneas que anteceden son buena prueba para constatar que el tratar de encontrar un correcto punto de equilibrio entre las exigencias derivadas de la libertad-derecho de información —esencial en toda sociedad democrática— y la tutela civil de los derechos de la personalidad —también esencial en toda sociedad democrática o no— es un objetivo difícil. Pero esto no puede desanimarnos.

Hemos visto cómo los Tribunales, al enfrentarse con estos candentes temas, aprovechan las ocasiones para hacer discursos grandilocuentes y pronunciar frases o juicios llenos de buen sentido y sobre todo de cautela: «efectuar una adecuada ponderación caso por caso», «el principio de proporcionalidad», «las ideas de necesidad social», serían los hilos conductores frente a los a veces dudosos «valores preferentes» en la valoración de estos derechos fundamentales cuando colisionen.

Pero de todo este examen también hay que destacar que la alta misión tan reiterada por nuestros Tribunales de las libertades de expresión y de información: «la de contribuir a la formación de la opinión pública libre, íntimamente ligada al pluralismo político», no se justifica, exclusivamente, por esos tan laudables objetivos generales perseguidos por el legislador constituyente, sino que, además, está condicionada por sus destinatarios, esto es, porque aquéllas deben contribuir a la promoción y formación humanas, o lo que es lo mismo, «al libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 de la Constitución) de los ciudadanos.

De esta forma, la actividad informativa —comunicación de noticias e ideas— no es una actividad que se justifique por sí misma, ya que está orientada y dirigida a los ciudadanos. De la lectura de todas las sentencias que hemos reseñado, este matiz no ha quedado suficientemente recogido y la apelación al art. 10.1 de la Constitución, sorprendentemente, brilla por su ausencia. Y este artículo es, a mi entender, el que más hay que destacar y poner en relación con los límites que indica el art. 20.4 de la Constitución.

Esta interpretación personalista es imprescindible. La difusión de noticias y opiniones hace que la persona sea al mismo tiempo sujeto y objeto de la información, y por ello sirve decisivamente a la formación de la libre personalidad de los ciudadanos. Esta exigencia primaria y primordial implica también el respeto de «la dignidad y

los derechos inviolables que le son inherentes» a la persona (art. 10.1 CE). Y no cabe duda que la incidencia de la actividad informativa sobre los mismos no es tampoco asunto baladí.

A modo de síntesis y recapitulación de todo lo hasta aquí expresado, recogemos las siguientes ideas de PERLINGIERI que compartimos plenamente: «La actividad de la información en particular resulta constitucionalmente relevante por dos órdenes de razones paralelas: como posición autónoma de libertad expresiva y organizativa, y como instrumento de desarrollo de los sujetos destinatarios interesados o no en el contenido precípua de la información. Ambos aspectos se reconducen a la cláusula general de tutela de la persona, de tal forma que la actividad informativa no es nunca culturalmente neutra ni es actividad en función de sí misma, sino que está siempre constitucionalmente garantizada para que contribuya, al igual que cualquier otra actividad humana, al desarrollo del hombre y de su efectiva participación en la vida comunitaria.»¹⁵

Sirvan ya, por tanto, como conclusión, las siguientes afirmaciones:

1) La libertad de información corresponde tanto a los periodistas como al resto de los ciudadanos en pie de igualdad. No existe una libertad de información «privilegiada» para los periodistas.

2) La función pública que se reconoce a la libertad de expresión y de información por razón de su dimensión social —contribuir a la formación de la opinión pública— no significa que aquélla automáticamente deba prevalecer sobre los derechos de la personalidad.

3) Será preciso efectuar una adecuada ponderación de los bienes tutelados, en cada caso (principio de proporcionalidad), en los supuestos de colisión entre ambos derechos fundamentales.

4) Como criterio inspirador en esta ponderación debe tenerse presente: a) Que la noticia que se difunde debe asumir una relevancia objetiva, «hechos que puedan encerrar trascendencia pública», esto es, que afecten a valores o intereses importantes para la comunidad

15. PERLINGIERI, *Información, libertad de prensa*, cit., p. 19. En este contexto este autor indica «cómo también puede calificarse la noticia como bien que concurre a formar la personalidad...»; y «... cómo las técnicas civiles pueden servir para que el Derecho civil tienda cada vez más a refundarse —volviendo en parte a los orígenes— como el terreno preferido de los derechos civiles».

También CUFFARO comparte y desarrolla estas ideas en diversas partes de su *Profilo civilistici*, cit., pp. 32, 71 y 113.

a la que se dirige, a fin de que puedan prevalecer frente a los derechos de la personalidad afectados. De otro modo, las simples noticias y opiniones tendentes a fomentar el normal interés o la curiosidad del público deben encontrar un límite expreso en los arts. 20.4 y 10.1 de la Constitución. b) Por lo que respecta a la persona afectada, hay que distinguir según se trate de «personalidades públicas» que deben soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad, o de «personas privadas» en cuyo caso los límites legales antes indicados deben alcanzar su más alta eficacia.

«ALGUNAS SUGERENCIAS SOBRE LA ATRIBUCIÓN AL M.F. DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL» *

Vicente GIMENO SENDRA

SUMARIO:

I. Inconvenientes y ventajas de la atribución al M.F. de la investigación oficial: 1. Inconvenientes; 2. Ventajas: A) El principio acusatorio; B) Las medidas cautelares; C) La aceleración de la instrucción. II. Presupuestos y condiciones de la reforma: 1. Orgánicos: A) La Policía Judicial; 2. El Ministerio Fiscal; 3. Procesales: A) La limitación del ejercicio de los derechos fundamentales; B) La intervención de las partes en la investigación oficial; C) El principio de oportunidad; 4. De carácter temporal.

I. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA ATRIBUCIÓN AL M.F. DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL

1. *Inconvenientes*

Como inconvenientes del anunciado modelo de reforma podrían apuntarse la delegación de los actos de investigación en la Policía, contribuyendo a aumentar el espacio policial autónomo, el control por el ejecutivo de los principios de legalidad y de oportunidad, la limitación del derecho de defensa y la negación de la acusación particular, popular y privada.

En nuestra opinión tales objeciones podrían superarse si se observan los presupuestos y condiciones que reflejamos *infra*, II.

* Ponencia presentada al Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, celebrado en Alicante durante los días 9-12 de junio de 1988.

2. Ventajas

Por el contrario, mediante la adopción de dicho modelo pueden conseguirse las siguientes ventajas: fortalecimiento del acusatorio, mayores garantías de la defensa en la adopción de las medidas cautelares y mayor celeridad del procedimiento.

A) *El principio acusatorio*

Como es sabido, la nota principal del principio acusatorio consiste en el desdoblamiento de la función instructora y decisoria y su concesión a dos distintos órganos jurisdiccionales o colaboradores.

Si se concediera al M.F. las funciones instructoras desaparecería este grave inconveniente, que en la actualidad hace reputar inconstitucional al procedimiento de la LO 10/1980, y el de las «Diligencias Preparatorias».

Ciertamente, esta solución puede adoptarse también mediante una reforma de tales procedimientos. Pero, en cualquier caso, esta solución tropieza con inconvenientes prácticos en aquellas demarcaciones en donde permanece un solo Juez de Instrucción.

Por otra parte, si el M.F. asumiera la instrucción, ni el Juez ni el Magistrado ponente podrán tomar conocimiento de las actuaciones sumariales, evitándose los prejuicios del órgano jurisdiccional decisor que, de algún modo, y con anterioridad al juicio oral, suele haber formado un juicio acerca de la culpabilidad del acusado.

Destaquemos, finalmente, que el M.F. es una autoridad carente de independencia judicial y, por tanto, nunca puede generar actos de prueba, sino meros actos de investigación, por lo que en momento alguno el tribunal decisor podría fundamentar su declaración de hechos probados de la sentencia en los referidos actos investigatorios, incrementándose los principios de inmediación, contradicción y de valoración exclusiva de las pruebas practicadas en el juicio oral.

B) *Las medidas cautelares*

Sabido es que la prisión provisional suele adoptarse de oficio por el Juez de Instrucción, con la sola declaración del detenido y en calidad de prolongación de la detención judicial ya acordada.

Con el nuevo modelo, y previa petición del M.F., se haría precisa una audiencia previa a la resolución de la prisión provisional, a la

que serían citadas ambas partes, tanto el M.F. como la defensa, fortaleciéndose el derecho de defensa y el principio de contradicción en la adopción de esta grave medida.

En cuanto a la detención, y debido a la circunstancia de que el plazo constitucional de la detención policial es de 72 horas y de que el M.F. precisa también de un plazo para interrogar al detenido, con el anunciado modelo habría de limitarse al referido plazo de la detención policial por debajo de las 72 horas.

Destaquemos, por último, que la reforma debería ir acompañada con un cuadro de medidas alternativas a la prisión provisional, basadas en la *probation*, con respecto a las cuales, y previo el estudio de la personalidad del imputado y de sus antecedentes, el M.F. informaría sobre la adopción de estas medidas y estaría legitimado, junto con la Policía Judicial, para vigilar su cumplimiento.

C) *La aceleración de la instrucción*

Al depender la Policía Judicial del Ministerio Público, su relación sería fundamentalmente verbal, incrementándose el principio de inmediación entre ambos órganos y ejecutándose con mayor rapidez sus decisiones.

La finalidad investigadora del Ministerio Público estaría exclusivamente orientada a determinar, si concurren, en el caso concreto, los presupuestos de la apertura del juicio oral, eliminándose, de esta manera, la exhaustividad en la realización de los actos de investigación, que observa en la actualidad el Juez de Instrucción, motivados por un factor psicológico (que no le revoquen los sumarios).

Con el anunciado modelo, todas las *notitias criminis* serían canalizadas a través de la Fiscalía, con lo que ante hechos punibles de escasa significación social y en los que sea imposible descubrir su presunto autor, el Ministerio Público estaría autorizado a decretar el archivo de estas denuncias, sin perjuicio de conceder a las demás partes el oportuno recurso. De este modo se obviaría la realización de mucho papel inútil y se rebajaría la escandalosamente alta cifra de sobreseimientos.

Igualmente se eliminarían las «querellas catalanas», que en la actualidad, si son desestimadas, se reproducen en otros juzgados (la apelación de los autos de inadmisión ha caído en «desuso»), pues el M.F., al actuar bajo el principio de unidad y al controlar la iniciación del

procedimiento (sin perjuicio de los oportunos recursos) haría inviable en la práctica esta corruptela.

Se suprimiría el carácter antieconómico de la conformidad, que por su tardía ubicación procedimental no impide la conclusión de la fase instructora. Esta solución podría obtenerse a través de los sobreseimientos por razones de «oportunidad» a los que nos referimos más abajo.

II. PRESUPUESTOS Y CONDICIONES DE LA REFORMA

Los presupuestos que el legislador debiera cumplir a fin de prevenir y eliminar aquellos inconvenientes y garantizar el éxito de la reforma, pueden sistematizarse en orgánicos, procesales y de carácter temporal.

1. Orgánicos

A) La Policía Judicial

Se hace necesario potenciar la Policía Judicial y elevar su cultura jurídica, para lo cual deben reformarse los planes de enseñanza de la Policía e incrementar el estudio del Derecho constitucional, penal y procesal penal.

La potestad disciplinaria debiera residir en el Ministerio Público y, en cuanto a la penal (debido a su carácter presuntamente inconstitucional), debiera suprimirse el aforamiento de las Audiencias Provinciales.

Al Ministerio Público, y salvo las limitaciones del Convenio Europeo, no se le puede impedir el acceso a los bancos policiales de datos...

2. El Ministerio Fiscal

Se hace preciso incrementar notablemente la deficiente plantilla orgánica del Ministerio Público.

Una implantación gradual del modelo exige la creación inmediata de fiscalías comarcales y la erradicación progresiva del actual sistema de concentración de efectivos en la capital de provincia estimulándose la adscripción de miembros de la Fiscalía a los Juzgados de Instrucción.

3. Procesales

A) La limitación del ejercicio de los derechos fundamentales

En modo alguno se puede conferir al Ministerio Público la facultad de limitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales que, por imperativo constitucional, constituye un patrimonio exclusivo de la jurisdicción.

Por consiguiente, la asunción del M.F. de las funciones instructoras ha de ceñirse a los actos de investigación que no entrañen dicha limitación.

Debe subrayarse que nuestra Constitución amplía notablemente el catálogo de derechos fundamentales, con respecto a los cuales los Jueces han de tener la «última» y la «primera palabra». En este sentido, decisiones tales como la intervención de las comunicaciones telefónicas o adopción de intervenciones corporales banales, que en otros ordenamientos suelen estar conferidas al Ministerio Público, en el nuestro quedaría descartada dicha posibilidad.

En cualquier caso, la adopción por el Fiscal de medidas o actos de investigación que indirectamente pudieran afectar a tales derechos fundamentales habría de ser rigurosa con el cumplimiento del principio constitucional de «proporcionalidad».

Debido a que el M.F. carece de independencia judicial, no puede generar actos de prueba. Sin embargo, esta circunstancia no constituye óbice alguno a fin de que el Fiscal garantice el ejercicio del derecho de defensa, para lo cual ha de ser preceptiva la intervención del Abogado Defensor en todos los interrogatorios que pudiera prestarle al imputado.

Cuando el M.F. o las demás partes deseen obtener un acto de prueba preconstituida o sumarial anticipada, habrán de reclamar la intervención de la autoridad judicial.

B) La intervención de las partes en la investigación oficial

Debiera reordenarse la intervención de las partes penales en la investigación oficial, distinguiéndose actos de necesaria y potestativa intervención del Abogado Defensor, garantizándose en cualquier caso la intervención necesaria del Abogado desde el primer acto de imputación.

En la ejecución de los actos de investigación el M.F. habrá de

cumplir el principio de «imparcialidad», disponiendo la realización de los actos que sirvan tanto para la acusación cuanto a la exculpación del imputado.

La acusación popular ha de quedar, por imperativo constitucional, garantizada. El acusador particular ha de gozar de un recurso judicial para el supuesto de que el Ministerio Público no cumpliera las diligencias por él interesadas.

C) *El principio de oportunidad*

Debiera instaurarse el principio de oportunidad *reglada*. El Código Procesal ha de prever los escasos supuestos (mínima lesión social, reparación a la víctima, reinserción del imputado, etc.) en los que se autoriza al Ministerio Público a solicitar un sobreseimiento por razones de oportunidad.

La resolución de dicho sobreseimiento ha de quedar siempre confiada a la autoridad judicial, sin perjuicio de que la intervención del M.F., vía de informe, sea siempre preceptiva.

A la víctima se le habrá de garantizar su derecho a oponerse a la adopción de tales medidas.

Del mismo modo, la intervención del defensor habrá de ser siempre preceptiva cuando el sobreseimiento quede condicionado al cumplimiento de alguna prestación por parte del imputado.

Podrían crearse nuevos procedimientos penales sustancialmente acelerados en los que la intervención del M.F. resulta decisiva, tales como el procedimiento penal monitorio y el procedimiento por flagrante delito (o juicios en las guardias).

4. *De carácter temporal*

La escasez de las plantillas orgánicas del M.F., la falta de la infraestructura necesaria, etc., son factores todos ellos que aconsejan una implantación gradual del modelo.

Una buena ocasión para ello sería instaurarlo ya en el ámbito de la anunciada nueva Ley del Menor; posteriormente, y vista la experiencia, ampliarlo a los delitos leves (menos de 6 años) con derogación de la Ley 10/1980 y las «diligencias preparatorias», y finalmente instaurarlo en un nuevo Código procesal penal.

LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA LEY DE REFORMA DE LA ADOPCION

Manuel ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Competencia objetiva y especialización para las funciones judiciales previstas en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC, en materia de adopción. — 2. Determinación de los asuntos a los que afecta la norma de competencia objetiva. — 3. Juzgados a los que se atribuye la competencia objetiva: A) Competencia de los cónsules españoles para la constitución de la adopción; B) Derogación parcial de la competencia objetiva de los Tribunales Tutelares de Menores; C) Atribución de asuntos a juzgados especializados. — 4. Control de la competencia objetiva y de la atribución de asuntos a juzgados especializados. Conflictos o cuestiones de competencia. — 5. Referencia a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. — 6. Determinación de los asuntos a los que es aplicable la nueva regla de competencia territorial del art. 63.16.º LEC. — 7. Juzgados a los que se atribuye la competencia territorial: A) El domicilio de la correspondiente entidad pública como fuero «preferente»; B) El domicilio del adoptante como fuero «subsidiario». Significado de «en su defecto»; C) El domicilio del adoptante como fuero único para las pretensiones de los arts. 179 y 180 CC. — 8. Eficacia de la sumisión para atribuir competencia en estos asuntos. — 9. Control de la competencia y cuestiones de competencia.

1. COMPETENCIA OBJETIVA Y ESPECIALIZACIÓN PARA LAS FUNCIONES JUDICIALES PREVISTAS EN LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CC Y DE LA LEC EN MATERIA DE ADOPCIÓN

En el proyecto del Gobierno estaba previsto el expreso tratamiento de esos dos temas, con un texto que, aunque en la letra es parcial-

mente distinto al que ha llegado a ser ley, ha acabado por imponerse realmente en su contenido normativo, como luego veremos. Decía el texto del proyecto: «Para las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el de Familia.¹»

Tres enmiendas se presentaron. Dos del Grupo Minoría Catalana (las 65 y 66), orientadas a atribuir la competencia a los Juzgados de Menores, atendiendo a la especialización de sus titulares y a las indicaciones sobre la competencia de estos órganos en la LOPJ (art. 97), y transitoriamente a asignarla en parte a los Tribunales Tutelares de Menores.² Otra enmienda (la 122) de la Agrupación Partido Liberal-Grupo Mixto pretendía resaltar la preferencia del conocimiento de los Juzgados de Familia frente a los Juzgados de Primera Instancia.³

Así como la última enmienda sólo en apariencia alteraba la redacción inicial, las dos primeras asumían una opción distinta y muy razonable, al menos en cuanto a las funciones de protección del menor que esta Ley encomienda a los jueces.

La Ponencia acabó proponiendo el texto que ha llegado a ser ley como «fórmula transaccional» con las enmiendas 65 y 122.⁴ Esa explicación de la ponencia y la supresión de la expresa referencia a los Juzgados de Familia quizá puede causar la impresión de que la tesis de Minoría Catalana tiene expectativas de ser aceptada por la vía de la especialización de los Juzgados. Nada más lejos de la realidad, como veremos después.

En definitiva, la Disposición Adicional segunda de la Ley 21/1987 dice lo siguiente: «Para las funciones jurídicas previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

2. DETERMINACIÓN DE LOS ASUNTOS A LOS QUE AFECTA LA NORMA DE COMPETENCIA OBJETIVA

De entrada me parece criticable, en este primer componente de la norma de competencia, que se utilice la expresión «para las funciones

1. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie A, 4 de febrero de 1987, núm. 22-1, p. 6.

2. BOCG, Congreso, Serie A, 13 de marzo de 1987, núm. 22-4, pp. 32-33.

3. BOCG, Congreso, Serie A, 13 de marzo de 1987, núm. 22-4, p. 47.

4. BOCG, Congreso, Serie A, 2 de junio de 1987, núm. 22-5, p. 70.

judiciales prevista en esta Ley *será competente...*». Tratándose de una norma de competencia objetiva y, por remisión, tal vez de reparto de asuntos, debería haberse entendido que tales normas no se refieren a la atribución de funciones, sino a la atribución de clases de asuntos y sólo implícitamente de la función de conocer de los mismos en primera instancia. En efecto, basta pensar, como prueba de este imperfecto modo de expresión, que para la función judicial (también prevista por esta Ley, en su art. 7, reformador de los arts. 1.826, 1.828 y 1.831 LEC) de conocer del recurso de apelación, no es competente el Juzgado de Primera Instancia, sino, por norma diferente y que no se halla en esta Ley, la Audiencia Provincial.

Hay que determinar, pues, los asuntos cuya atribución a los jueces está prevista por esta Ley, como primer paso en la aplicación de la norma de competencia objetiva. Esos asuntos son los siguientes:

- 1) Encomendar la guarda de un menor a una entidad pública (artículo 172.2 CC).
- 2) Constitución y cesación del acogimiento familiar, cuando se requiera intervención judicial.
- 3) Acordar medidas de protección respecto al menor sometido a tutela de la entidad pública, a la guarda de la misma en situación de acogimiento familiar (art. 174.2 CC).
- 4) Constitución de la adopción e, incidentalmente (art. 1.827 LEC), privación de la patria potestad a los padres naturales.
- 5) Regulación del régimen de relación de padres, parientes y allegados con menores que no conviven con sus padres (arts. 160 y 161 CC).
- 6) Nombramiento de administrador para ciertos bienes de menores (art. 164.2 CC).
- 7) Asignación a los padres de cierta cantidad de frutos producidos por bienes de hijos menores (art. 165, III, CC).
- 8) Concesión del beneficio de la mayor edad al sometido a tutela mayor de 16 años (art. 321 CC).
- 9) En fin, las pretensiones de privación de la potestad tuitiva del adoptante y de extinción de la adopción, a las que se refieren, respectivamente, los arts. 179 y 180 CC.

El modo que utiliza esta Ley para precisar las clases de asuntos a efectos de competencia objetiva me parece censurable. En primer lugar, porque prácticamente crea inseguridad jurídica respecto a la atribución competencial. En segundo lugar, porque la norma acaba

por ser en gran parte inútil cuando se observa a qué Juzgados se atribuye la competencia.

El riesgo de inseguridad jurídica deriva del carácter fragmentario y disperso de los asuntos que se reúnen por la norma para hacer la atribución de competencia. Obsérvese que la Disposición Adicional segunda no se refiere únicamente a los asuntos judiciales relacionados con el acogimiento familiar y la adopción, sino que habla de las «funciones judiciales previstas en esta Ley». Pero «esta Ley», además de su objeto principal, ha afectado también, de manera menos completa, a una serie de asuntos en los que interviene el juez, como fijación de régimen de visitas, administración de bienes de menores, tutela y habilitación de edad.

Con esta técnica legislativa, la solución de un problema de competencia objetiva asume, por un lado, una especial e inútil dificultad, y, por otra parte, si llegan a alcanzarse soluciones técnicamente precisas, se observa que la diferenciación de supuestos no responde a una justificación suficiente.

Por otro lado, he dicho antes que la norma resulta en parte inútil. Habría que dejar a salvo su efecto de remisión a la especialización de los Juzgados. Pero la atribución de competencia objetiva, respecto a determinados asuntos de jurisdicción voluntaria, a los Juzgados de Primera Instancia aparece innecesaria desde el momento en que dichos Juzgados ostentan esa competencia con el carácter de norma general, tanto en el régimen transitorio de la LOPJ (disposición transitoria 34.ª LOPJ en relación con el art. 273.2.ª de la antigua LOPJ), como en el régimen de esa misma Ley (arts. 85.2.º y 100.1 LOPJ). Una norma especial, relativa a determinados asuntos, sólo hubiera sido necesaria para atribuir competencia a Juzgados distintos a los de Primera Instancia.

En definitiva, entiendo que la regulación de esta materia sería más perfecta (técnicamente, por su ajuste a los fines de política legislativa y por contribuir a la certeza del Derecho) si el legislador se hubiera situado en la perspectiva de conjunto de la legislación orgánica y procesal, en vez de establecerla fragmentariamente y como mero complemento de una ley «material».

3. JUZGADOS A LOS QUE SE ATRIBUYE LA COMPETENCIA OBJETIVA

La competencia objetiva para conocer de los asuntos antes enumerados se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia, y en caso de

especialización de los Juzgados de un mismo partido, según el artículo 98 LOPJ, los asuntos serán conocidos en exclusiva por los Juzgados de Primera Instancia a quienes corresponda según el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial.

Por un lado, esta norma tiene una excepción en la propia Ley: la competencia de los cónsules, cuyo alcance inmediatamente matizaremos.

De otra parte, a pesar de la apariencia de continuismo sólo expuesto a la futura posibilidad de especialización, esta norma supone, ya actualmente, un recorte de la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores y da lugar a una cierta especialización.

A) Competencia de los cónsules españoles para la constitución de la adopción

En la medida en que concurren los presupuestos del art. 9.5, II, CC, los cónsules españoles tienen las mismas atribuciones que los Juzgados de Primera Instancia para la constitución de la adopción.

Quedan, como es obvio, fuera de dicha atribución otras «funciones judiciales previstas de esta Ley» y distintas a la constitución de la adopción. Pero incluso en esta clase de asuntos hay un supuesto en el que, a mi juicio, se excluye la atribución de competencia a los cónsules.

La constitución de la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria, no supone ejercicio de potestad jurisdiccional, que sólo por los Juzgados y Tribunales podría desempeñarse de acuerdo con la Constitución (art. 117.3), sino función en garantía de un derecho que, como excepción al aspecto negativo del principio de exclusividad, la Constitución permite que sea atribuida a órganos jurisdiccionales (artículo 117.4 CE).⁵ Ninguna duda de constitucionalidad se suscita, pues, respecto a la atribución de los cónsules.

No obstante, en el procedimiento de constitución de la adopción puede ser eventualmente necesario ejercitar potestad jurisdiccional. Me refiero al caso del juicio verbal contemplado en el art. 1.827 LEC, cuyo objeto es, en definitiva, la privación de la patria potestad frente a los padres naturales que no admiten haber incurrido en causa de

5. Véanse, en general, sobre estas cuestiones, J. MONTERO, M. ORTELLS, *Derecho jurisdiccional. Parte general*, I, Barcelona, 1987, pp. 105-108, 136-156; M. ORTELLS, *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española*, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1984-1985, pp. 417-458.

privación ni, consecuentemente, que su intervención deba limitarse a la simple audiencia. Cuando se dé este supuesto, los cónsules no pueden llevar a término el procedimiento de constitución de la adopción, pues sería necesario que ejercitaran potestad jurisdiccional para resolver el incidente y prescindir de la oposición de los padres. Una atribución de esta potestad no puede entenderse implícitamente hecha por el art. 9.5, III, CC, dado que esta interpretación del artículo no sería conforme a la Constitución (art. 5.1 LOPJ) por infringir la norma de exclusiva atribución de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales.

B) *Derogación parcial de la competencia objetiva de los Tribunales Tutelares de Menores*

Según la disposición transitoria 4.ª LOPJ, hasta que entren en funcionamiento los Juzgados de Menores continuarán ejerciendo sus funciones los actuales Tribunales Tutelares de Menores. No aprobada la Ley de Planta y Demarcación —de la que depende la constitución de aquellos Juzgados—, ni la Ley de reforma de la legislación tutelar de menores —que anunciaba la disposición adicional 1.ª LOPJ—, sigue vigente la antigua normativa, constituida por el Decreto de 11 de junio de 1948, aprobatorio del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores.

Sin embargo, la Ley 21/1987 y, en particular, su disposición adicional segunda, afectan —ignoro si planificadamente o por mera casualidad— al régimen de la competencia objetiva de los Tribunales Tutelares de Menores según el citado texto refundido. En efecto, el artículo 9.3.º de la Ley de Tribunales Tutelares les atribuía competencia para conocer de la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación, competencia que se desarrollaba después en los arts. 13; 17, b; 18, II; 25, II y III, y 26 de la propia Ley, y en los arts. 76 a 83 del Reglamento para la ejecución de la misma.

A mi juicio, esas disposiciones están derogadas y, con ellas, esa parte de la competencia objetiva de los Tribunales Tutelares de Menores. El fundamento de la derogación se halla en la disposición adicional que comentamos relacionada con el art. 63.16.ª LEC (en cuanto menciona el control judicial de las funciones de protección encomendadas a la entidad pública) y con los arts. 172 a 174 CC que, entre otras cosas, se refieren a la intervención judicial para atribuir la guar-

da del menor a una entidad pública, para constituir acogimiento familiar y adoptar medidas de protección del menor que se halle en esas situaciones. Siendo, pues, todas éstas, «funciones judiciales previstas en esta Ley», han sido sustraídas de la competencia objetiva de los TTM y atribuidas a los Juzgados de Primera Instancia, en su caso especializados.

C) *Atribución de asuntos a Juzgados especializados*

Ya dejamos apuntado que la primera lectura de esta disposición adicional y la justificación que dio la ponencia generan la impresión de dejar abierta la posibilidad de atribuir los asuntos a Juzgados de Familia o de Menores. Sería el acuerdo del Consejo General, en ejercicio de la facultad del art. 98 LOPJ, el que, en definitiva, acabaría por determinar la atribución.

En realidad, por un lado, ni las alternativas que restan abiertas para el futuro son tan amplias, ni, por otro lado, la especialización prevista es una situación de futuro, sino actualmente ya efectiva.

En cuanto al primer punto, ha de advertirse que la atribución de competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia supone un obstáculo insuperable para que, mediante la técnica prevista en el art. 98 LOPJ, los Juzgados de Menores puedan tener conocimiento de estos asuntos.

El art. 98 LOPJ presupone la existencia, en una misma circunscripción, de varios Juzgados de la misma clase, entendiéndose por tales los que pertenezcan a un mismo orden jurisdiccional o tengan la misma competencia objetiva. Y, a continuación, permite que, sin desconocer los últimos límites, asuntos que ya correspondan a esos Juzgados se atribuyan en exclusiva a alguno o algunos de ellos. Pues bien, atribuida por la disposición adicional comentada, la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia, las posibilidades de especialización *ex art. 98 LOPJ* se limitan a éstos, pero no alcanzan a los Juzgados de Menores, cuya competencia objetiva fijada por ley será diferente, sin que la competencia objetiva de aquéllos y de estos Juzgados pueda ser alterada por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial.

Por otro lado decíamos que, antes del ejercicio por el Consejo General de la potestad del art. 98 LOPJ, actualmente estos asuntos ya pueden venir atribuidos a Juzgados especializados, concretamente a los de Familia.

Obsérvese, en efecto, que gran parte de los asuntos a los que se refiere esta Ley suponen «actuaciones judiciales previstas en el Título VII del Libro I del Código Civil», cuyo conocimiento, de acuerdo con la disposición final de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, corresponde en exclusiva, por vía de reparto, a los Juzgados de Primera Instancia especializados en materia de familia, en los partidos donde existan.

Esa especialización, sin embargo, no alcanza a todas las actuaciones judiciales previstas en la Ley que nos ocupa, porque la extensión de la especialización no resulta de la disposición adicional 2.^a de esta Ley, sino de la disposición final de la Ley 30/1981.⁶ Consecuentemente, quedan fuera las actuaciones para concesión del beneficio de mayor edad al sujeto a tutela mayor de 16 años y las relativas a la tutela institucional de menores desamparados, ambas por estar comprendidas en el Título X y no en el VII del Libro I del Código Civil.

Por otra parte, el alcance de la especialización es dudoso en algún supuesto, lo que en gran medida se debe a la deficiente técnica de fijación de la competencia objetiva, que ya hemos criticado en el precedente apartado 2. Puede servir como ejemplo la tutela institucional de menores desamparados: hemos advertido que las actuaciones judiciales relativas a ella no corresponderían a Juzgados de Familia y hemos apuntado la razón. Sin embargo, hay que reconocer que en el Título VII del Libro I del Código Civil hay un artículo, el 172.1, que también se refiere a esa tutela, y otro, el 174, que precisamente contempla el control judicial de la misma. ¿Basta esto —que, en realidad, es un desatino sistemático, pues el lugar de regulación de la tutela es el Título X— para entender que estos asuntos corresponden a los Juzgados especializados? La respuesta afirmativa es defendible, pero estos problemas vienen a demostrar los defectos de la técnica legislativa que más atrás criticábamos.

6. No comparto la tesis de J. M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, *Los Juzgados de Familia*, en *BIMJ*, 1981, n.º 1.251, pp. 9-12, de que la competencia de los Juzgados de Familia se extiende a otras cuestiones en materia de Derecho de Familia, aparte de las de los títulos IV y VII del libro I del Código Civil, sencillamente porque esta extensión está subordinada y da, según la letra del art. 1.2 del Real Decreto creador de estos Juzgados, a que tales «otras cuestiones» les «sean atribuidas por las leyes».

4. CONTROL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y DE LA ATRIBUCIÓN DE ASUNTOS A JUZGADOS ESPECIALIZADOS. CONFLICTOS O CUESTIONES DE COMPETENCIA

Es conveniente distinguir una serie de supuestos que, por cierto, suscitan problemas que no encuentran inmediata solución en el plano legislativo.

A) El primer supuesto a considerar es aquel en que asuntos comprendidos en la disposición adicional segunda se planteen ante un órgano jurisdiccional carente de competencia objetiva, por no ser Juzgado de Primera Instancia.

Si se trata de un órgano del orden jurisdiccional civil es claro que deberá proceder, de acuerdo con el art. 74 LEC, a declararse incompetente de oficio y con expresión del órgano que considere competente (art. 51.2 LOPJ).

Si se trata de un Tribunal Tutelar de Menores —sobre la probabilidad de este caso ilustra lo que hemos indicado en el anterior apartado 3, B)— deberán aplicarse las normas antes citadas por analogía, pues la legislación de estos tribunales no se refiere expresamente a la declaración de incompetencia, aunque ésta ha de ser posible, no sólo para hacer efectivos los límites de su competencia, sino porque la posibilidad de «cuestiones» entre estos Tribunales y los de otra «jurisdicción» —expresamente contemplada en el art. 30 del Reglamento para la ejecución de la LTTM—, presupone la declaración de incompetencia como base de los conflictos negativos.

B) Segundo supuesto sería el de planteamiento de estos asuntos ante un Juzgado de Primera Instancia, en una demarcación donde hubiera Juzgados especializados de Familia.

La cuestión es aquí si la atribución de ciertos asuntos a los Juzgados de Familia lo es con el carácter de competencia objetiva o constituye una norma de reparto entre juzgados con la misma competencia territorial y objetiva.

La doctrina no se ha enfrentado directamente con este problema, aunque, con escasa argumentación e incluso sin ella, se han mantenido las dos posibles posturas,⁷ predominando la de quienes se inclinan por considerar que se trata de una competencia objetiva.⁸

7. Es un tema de reparto para M.^a J. MASCARELL NAVARRO, *Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1985, pp. 66-68.

8. Así, A. PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales*, Barcelona, 1982, pp. 176-

En favor de esta tesis dominante concurre el argumento de que el criterio de atribución de estos asuntos no es un mero criterio cuantitativo de equitativa distribución de la carga de trabajo, como el que rige el reparto. En contra de esa tesis, y en favor de la contraria, puede apuntarse que los Juzgados de Familia no son Juzgados de diferente «clase» frente a los Juzgados de Primera Instancia, sino que son de su misma clase (Disposición final Ley 30/1981, de 7 de julio; art. 1 RD 1.322/-981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, y obsérvese, también, que la LOPJ no contempla estos Juzgados como distintos, aunque permite soluciones similares por la vía del art. 98); que los titulares de estos Juzgados no tienen formación especializada en materia de Derecho de Familia; que estos Juzgados no tienen una demarcación territorial distinta a la de los Juzgados de Primera Instancia, que les permite atraer todos los asuntos incluidos en su hipotética «competencia objetiva»; que esta última, no tanto en la situación actual cuanto en la que pueda producirse en aplicación del art. 98 LOPJ, no les estaría atribuida por ley como impone el art. 117.3 CE y, en fin, que el propio Decreto creador de estos Juzgados (antes citado, art. 1.2) dispone que «los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto...».

En todo caso, hay que advertir que las consecuencias de una y otra tesis son diferentes.

Si se entiende que estamos ante una competencia objetiva, la incorrecta atribución de un asunto dará lugar a la aplicación del artículo 74 LEC y las discusiones competenciales entre los dos Juzgados deberán tratarse y resolverse como cuestiones de competencia (arts. 51 y 52 LOPJ).

Considerado como tema de reparto, entran en juego, para la solución de posibles problemas, el art. 431 LEC (supuestos de falta de reparto) y los arts. 167.2 LOPJ y 6.1, d), RD 2.988/1977, de 11 de noviembre (en cuanto a la solución por el Juez Decano de las cuestiones que puedan plantearse con respecto a la corrección del reparto).

C) El tercer y último supuesto se relaciona con el considerado

178; A. BONET NAVARRO, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil* (coord. Lacruz), Madrid, 1982, pp. 993-995, 1089; M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho procesal civil* (con DE LA OLIVA), I, Barcelona, 1984, p. 213; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal* (con ALMAGRO y otros), I, vol. II, pp. 223-224.

más arriba en A) y se refiere a lo siguiente: si llega a plantearse debate competencial entre los Juzgados de Primera Instancia, en su caso los especializados, y los Tribunales Titulares de Menores, ¿deberá tratarse y resolverse como conflicto de competencia (arts. 42-50 LOPJ) o como cuestión de competencia (arts. 51, 52 LOPJ)?

El art. 30, III, del Reglamento para la ejecución de la LTTM sometía estos problemas competenciales al tratamiento de los conflictos de jurisdicción entre Tribunales y Administración. Es obvio que esta solución no puede hoy mantenerse si se atiende a los arts. 38-41 LOPJ y a la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

Sólo caben, pues, las dos opciones apuntadas. La elección es difícil, tal vez hasta que una nueva Ley de menores ofrezca base más segura.

Por un lado, los Juzgados de Menores (a los que cabría equiparar, a estos efectos, los actuales Tribunales Tutelares —disp. trans. 4.ª LOPJ—) no constituyen orden jurisdiccional propio (art. 9 LOPJ); por otra parte, tampoco se les incluye en un determinado orden jurisdiccional, como hace el art. 94.1 LOPJ con los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. No es seguro, por tanto, que el tratamiento deba ser el de conflicto de competencia (lo que requiere que los órganos sean de distinto orden jurisdiccional —art. 42 LOPJ—) o el de cuestión de competencia (entre órganos del mismo orden jurisdiccional —artículo 51.1 LOPJ—).

Una solución razonable puede ser la de estimar que, como estos debates competenciales versarán sobre la función protectora y no sobre las funciones de corrección, los Tribunales Tutelares de Menores están incluidos, a estos efectos, el de orden jurisdiccional civil, siendo aplicable el tratamiento de las cuestiones de competencia.

5. REFERENCIA A LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

La mayor parte de las funciones judiciales a las que se refiere la Ley 21/1987 se encuentran encuadradas en la denominada jurisdicción voluntaria. En principio y en sentido estricto la noción de competencia judicial internacional se refiere al alcance y límites, en el ámbito internacional, de la potestad jurisdiccional de los tribunales, pero, como advierte González Campos, «por extensión, la determina-

ción de la competencia judicial se suscita, asimismo, en el ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria».⁹

Esta última apreciación es correcta tanto si se toma en consideración el estado legislativo anterior a la LOPJ cuanto si se atiende a los arts. 21 y 22 de la misma.

Para el antiguo estado legislativo basta advertir que los preceptos relevantes en la materia (arts. 51 y 70 LEC) se hallan en el libro de disposiciones generales, en principio aplicables a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria y que el art. 70 LEC menciona expresamente la promoción de actos de jurisdicción voluntaria. Por otro lado, en cuanto al régimen de la competencia internacional de los tribunales españoles en actos de jurisdicción voluntaria, se planteaba la misma problemática y se barajaban las mismas opciones de solución que para la jurisdicción contenciosa.¹⁰

Actualmente el art. 22 LOPJ, que con el art. 21 regula la competencia judicial-internacional de los tribunales españoles en el orden civil y elimina la inseguridad antes existente a este respecto, se refiere también a los actos de jurisdicción voluntaria y específicamente a los contemplados en esta Ley de reforma de CC y de LEC.

En el art. 22.3.º LOPJ se establecen tres fueros especiales atributivos de competencia internacional a los tribunales españoles en cuanto a las materias reguladas en la Ley 21/1987.

1) El de residencia habitual en España de los menores e incapacitados, en cuanto a las actuaciones para adopción de medidas de protección de sus personas y bienes.

2) En materia de filiación y de relaciones paternofiliales, el de la residencia habitual del hijo en España al tiempo de la demanda o el de la nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante.

3) Para la constitución de la adopción, el de nacionalidad española o residencia habitual en España de adoptante o adoptado.

No parece, en principio, que puedan surgir supuestos que hagan necesario el recurso al fuero general del domicilio del demandado (es-

9. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado* (con ABARCA JUNCO y otros), I, Madrid, 1985, p. 261.

10. Véase V. RUIZ GUTIÉRREZ, *La competencia de los tribunales españoles en actos en que intervienen elementos extranjeros, con referencia a los de jurisdicción voluntaria*, en *RDPro-filip.*, 1962, pp. 9-32.

tablecido en el art. 22.2.º LOPJ), salvo que se entienda que las pretensiones de impugnación de la adopción (p. ej. la del art. 180 CC, pero también otras) no están comprendidas en la «materia de filiación y de relaciones paternofiliales», lo que no me parece correcto habida cuenta del encuadramiento de la adopción en el título VII del Libro I CC.

Si estas atribuciones legales de competencia judicial internacional pueden tener que aplicarse, también en esta materia, en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes, con arreglo al primer inciso del art. 22.2.º LOPJ, es cuestión que puede resolverse con argumentos similares a los que luego consideraremos al tratar de la sumisión en la competencia territorial interna.¹¹ Remitimos, pues, al siguiente apartado.

Con preferencia a las reglas legales hasta ahora contempladas pueden ser de aplicación normas establecidas en tratados y convenios internacionales ratificados por España. Con relevancia en la materia que estudiamos, dos convenios de carácter multilateral deben ser objeto de atención: el Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 29 de abril de 1987 (BOE de 20 de agosto) y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, ratificado por España el 28 de mayo de 1987 (BOE de 24 de agosto).

Estos convenios, sin embargo, no se refieren a todas las materias de la Ley 21/1987 que requieren intervención judicial, sino que únicamente afectan a las funciones de protección de menores y a los derechos de custodia y de visita. Lo relativo a la constitución de la adopción y a su impugnación no es materia de estos convenios, sino del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (cuyos arts. 3 y 7 establecen preceptos sobre competencia) que no ha sido aún ratificado por España.

El Convenio sobre protección de menores incide directamente en la competencia judicial internacional. La regla general establecida en su art. 1 coincide con la establecida en el art. 22.3.º LOPJ: atribución de la competencia a las autoridades (judiciales o administrativas) del Estado de residencia habitual del menor. Sin embargo, otros artículos

11. Así también, y con la conclusión de negar que la sumisión sea atendible, RUIZ GUTIÉRREZ, *La competencia de los tribunales españoles*, cit., pp. 31-32.

del Convenio modifican la extensión de esa competencia. Unos en el sentido de ampliarla: así los arts. 3, 4 y 5, III, que atribuyen competencia para adoptar medidas de protección al Estado del que el menor sea nacional; también el art. 9, que permite, en caso de urgencia, que las medidas se adopten por las autoridades del Estado en que el menor se halle. Otros artículos del Convenio suponen, por el contrario, una reducción de la competencia de autoridades del Estado de la residencia habitual, la cual queda limitada a la ejecución de las medidas acordadas por las autoridades del Estado de la nacionalidad del menor (arts. 4, 6 y 7 del Convenio).

El Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores no afecta directamente al tema de la competencia, pero, a mi juicio, viene a reforzar la competencia de las autoridades de residencia habitual del menor, al considerar como traslado o retención ilícita la que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado de residencia habitual, *ipso iure*, negocialmente o por resolución de autoridad judicial o administrativa de ese Estado (art. 3 del Convenio), y al establecer, en su art. 34, I, que este Convenio, en su materia, es de aplicación preferente respecto al Convenio sobre protección de menores.

6. DETERMINACIÓN DE LOS ASUNTOS A LOS QUE ES APLICABLE LA NUEVA REGLA DE COMPETENCIA TERRITORIAL DEL ART. 63.16.ª LEC

En la estructura de la norma de competencia territorial, el supuesto de hecho está integrado por la determinación de los asuntos a los que se aplica y por la fijación de los elementos de conexión de los mismos con cierta demarcación judicial; la consecuencia jurídica atribuye la competencia a los Juzgados de la demarcación en la que dichos elementos de conexión concurren.

El primer aspecto del supuesto de hecho es el que ahora vamos a estudiar con relación al nuevo art. 63, regla 16 LEC.

Son asuntos incluidos con seguridad en esta norma de competencia territorial los siguientes: 1) Las actuaciones sobre acogimiento familiar, entendiéndose comprendidas en las mismas las relativas a su constitución y cesación cuando requieran resolución judicial, las de adopción de medidas de protección del menor acogido (art. 174.2 CC) y las de regulación del régimen de visitas del mismo con sus padres, parientes y allegados (arts. 160 y 161 CC).

2) Las actuaciones sobre adopción, en las que se comprende su constitución, el juicio verbal al que se refiere el segundo inciso del art. 1.827 LEC, pues en éste se expresa que «se ventilará ante el mismo Juez», y —por disposición expresa del último inciso de la regla comentada— la pretensión de privación de la función tuitiva del adoptante (art. 179 CC) y de impugnación de la adopción contemplada en el artículo 180 CC, lo que suscita dudas sobre la competencia territorial para otras pretensiones impugnativas de la adopción.

3) Las actuaciones relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas. Entre estas actuaciones se encuentran: la atribución de la guarda de un menor a una entidad pública (art. 172.2 CC), la adopción de medidas de protección del menor sometido a la guarda o tutela de una entidad pública (art. 174.2 CC), la regulación del régimen de visitas con ese menor de sus padres, parientes y allegados (arts. 160 y 161 CC) y la concesión al menor sometido *ex lege* a tutela institucional (art. 239, I CC) del beneficio de la mayor edad en los términos del art. 321 CC.

Algunos asuntos que, según la Ley 21/1987, requieren intervención judicial no están, sin embargo, comprendidos en esta norma de competencia territorial, por lo que ésta habrá de resolverse en aplicación de otras reglas. Esos asuntos son la regulación del régimen de visitas con menores no sometidos a guarda o tutela de entidad pública, ni en situación de acogimiento, el nombramiento de administrador de bienes de menores en ciertos casos (art. 164.2 CC), la asignación a los padres de frutos de bienes del hijo (art. 165, II y III CC), la vigilancia judicial de la tutela de menores desamparados cuando, por excepción, no se encomiende a entidad pública (art. 239, II CC), y la concesión del beneficio de la mayor edad al sometido a tutela no institucional (artículo 321 CC). La exclusión de estos asuntos se explica, sencillamente, porque no guardan relación con funciones de protección encomendadas a entidad pública.

Otros asuntos, por fin, son dudosamente incluíbles en la regla. Me refiero, como ya adelanté, a las pretensiones impugnativas de la adopción distintas a la prevista en el art. 180 CC. La expresa mención de este artículo en la regla 16.ª es, precisamente, la que genera la duda, pues, en otro caso, cualquier pretensión impugnativa de la adopción hubiera podido entenderse comprendida en la expresión más genérica de «actuaciones judiciales sobre adopción». No obstante, la regla aplicable en defecto de la 16.ª —que, a mi juicio, es la regla 1.ª del art. 63 LEC— no conduce a una solución muy diferente (juzgado del

domicilio del demandado; en estos casos, el adoptante), aunque deja abierto un aspecto de la competencia territorial, presupuesto el litisconsorcio pasivo necesario de adoptante y adoptado y la posibilidad de diferente domicilio de éstos. Habría que entender, en cuanto a lo último, que los fueros de los domicilios de los demandados son concurrentes y efectivos para el actor.¹²

7. JUZGADOS A LOS QUE SE ATRIBUYE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Para determinar el Juzgado competente la regla atiende, en unos asuntos (los de su inciso primero), a unos fueros concurrentes de carácter sucesivo o subsidiario (al menos, aparentemente): el juzgado del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. En cuanto a otros asuntos (los del inciso segundo) establece un fuero único y exclusivo: el juzgado del domicilio del adoptante.

A) *El domicilio de la correspondiente entidad pública como fuero «preferente»*

Para los asuntos del inciso primero de la regla, que son los que han sido determinados en el precedente apartado 6 con excepción de las pretensiones de privación de la potestad tuitiva del adoptante y de impugnación de la adopción, rige como fuero preferente, de prioritaria aplicación dentro de la concurrencia de fueros que parece darse en el caso, el del domicilio de la entidad pública correspondiente.

De entrada, y sin mayor argumentación porque la letra del precepto es clara, puede afirmarse que lo relevante es el domicilio de la entidad pública y no el de las instituciones colaboradoras de integración familiar que, con arreglo a la disposición adicional primera de esta Ley y a las normas que la complementen, intervengan en las funciones de guarda y de mediación para acogimientos y adopciones.

A continuación, no es ocioso preguntarse cuál es el domicilio de la correspondiente entidad pública y hasta qué punto la referencia al mismo resuelve, en realidad, el tema de la competencia territorial.

Las entidades públicas pueden ser, según la disposición adicional primera de esta Ley, organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en su respectivo territorio, la protección de menores.

12. Véase, p. ej., E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1979 (con HERCE), p. 163.

Se podría, en principio, determinar el domicilio de estos organismos en aplicación del art. 41 CC. En tal caso, bien si puede cumplimentarse la remisión del primer inciso del artículo a la norma de creación del organismo, o bien, en su defecto, atendiendo al lugar de la sede de su representación legal o de ejercicio de sus principales funciones, concluiríamos que el domicilio se halla en un único lugar determinado y, probablemente, en la capitalidad de la Administración que hubiera creado el organismo.

Esta conclusión no es problemática si el organismo ha sido creado por Entidades Locales, pues, en tal caso, el domicilio radicaría en el partido judicial al que corresponde el término municipal del Ayuntamiento o en el partido judicial en el que se halle la capitalidad de la provincia.

Sin embargo, el resultado es insatisfactorio y hasta absurdo si el organismo al que corresponde la protección de menores es estatal o de una Comunidad Autónoma. Veamos las alternativas que, en principio, se abren en estos dos supuestos.

Una primera —ya la hemos apuntado— sería la aplicación del artículo 41 CC, lo que conduciría a atribuir competencia, según los casos, a los Juzgados de Madrid o de la capitalidad de la Comunidad Autónoma. Las consecuencias prácticas de esta solución serían obviamente negativas: dificultades para los Juzgados por la sobrecarga de trabajo, para los interesados en el procedimiento —que deberían superar la lejanía del órgano respecto a su lugar de residencia—, para la llevanza del procedimiento —que precisaría en mayor medida del recurso al auxilio judicial—, pero, además de todo esto, existiría una total desconexión territorial entre la demarcación del Juzgado y el lugar donde la entidad pública efectivamente ejerce sus funciones de protección del menor en un caso concreto.

Una segunda opción, jurídicamente mejor fundada que la anterior, consistiría en entender aplicable el fuero especial del Estado, establecido en el art. 7 del Decreto-Ley de 21 de enero de 1925, regulador del Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso, que atribuye la competencia en los asuntos de carácter civil que interesen al Estado o a los Establecimientos de Instrucción y de Beneficiencia General a los Juzgados de las poblaciones donde exista Audiencia. Habría que aclarar¹³ que por Audiencia se entiende cualquiera de ellas,

13. Ampliamente sobre este fuero especial, véanse R. RUIZ DE LA CUESTA, *El domicilio procesal del Estado desde el punto de vista de la vigencia del artículo*

incluidas las Provinciales, que este fuero es aplicable cuando está interesado un organismo autónomo del Estado —como lo es la Obra de protección de menores¹⁴— y que algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre sus actuaciones ante los tribunales, reclamando para sí las mismas reglas que rigen la actuación del Estado y, entre ellas, este fuero especial.¹⁵

La aplicación de este fuero especial en el supuesto que nos ocupa conduce a una consecuencia sorprendente: la competencia correspondería a los Juzgados de capitales de provincia, sí, pero a los Juzgados de *cualquier capital* de provincia del Estado o de la Comunidad Autónoma, según el caso. Y es que, en efecto, ese fuero especial, salvo cuando se aplica en combinación con otro fuero distinto al del domicilio —en cuyo caso su eficacia es llevar la competencia desde un determinado Juzgado de la provincia a los Juzgados de la capital de la misma—, no determina por sí solo un único Juzgado competente, sino que deja abierta al actor la posibilidad de elegir entre los varios Juzgados (de capital de provincia) que tienen competencia.

La consecuencia de esta segunda opción es, pues, también profundamente insatisfactoria, al permitir la ya denunciada desconexión territorial entre la demarcación del Juzgado y el lugar donde la entidad pública ejerce sus funciones.

A mi modo de ver, la correcta solución del problema requiere partir de estos dos presupuestos: 1) las entidades públicas a las que se refiere la Ley 21/1987, contarán con una organización en la que se hallarán incardinados una pluralidad de órganos, los cuales tendrán atribuidas las funciones de la entidad en ámbitos territoriales determinados (competencia territorial de los órganos administrativos) y cuya sede radicará en cierta población de ese ámbito territorial.

2) El establecimiento del fuero del domicilio de la entidad pú-

lo 57 de la Ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial, en RDPPro., 1966-I, pp. 122-152; P. GALÁN URBANO, *Modificación de las reglas de competencia por la participación del Estado en el proceso civil*, en RDPPro.. Iberoam, 1977, pp. 523-551; Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *La defensa en derecho del Estado*, Madrid, 1986, pp. 211-222.

14. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y J. A. ESCALANTE, *Legislación administrativa básica*, Madrid, 1979, p. 385.

15. Art. 1 Ley comparecencia en juicio de la Generalidad Valenciana (20 de junio de 1984); art. 3 Ley sobre comparecencia en juicio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (29 de diciembre de 1984); art. 1 Ley sobre comparecencia en juicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (1 de julio de 1985); art. 2 Ley de regulación provisional de los servicios jurídico-contenciosos de la Xunta de Galicia (26 de junio de 1984).

blica tiene la finalidad de facilitar, por la conexión territorial existente entre la entidad y la demarcación del Juzgado, las actuaciones judiciales en las que la entidad tiene intervención. Ahora bien, esta finalidad no se puede conseguir —o sólo puede conseguirse aleatoriamente— si se da a la expresión «domicilio de la entidad» un significado técnico, que obligue a moverse en alguna de las dos soluciones antes contempladas. Por otro lado, estas soluciones supondrían desconocer el régimen de la competencia territorial de los órganos de la entidad, lo que es rechazable, aparte de por razones jurídicas, por consideraciones de mera efectividad práctica de las funciones encomendadas a las entidades públicas. Pienso, en efecto, en cuanto a las razones jurídicas, que bajo las expresiones «entidad pública correspondiente» (art. 63.16.º, 1828, 1803 LEC) o «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores» (art. 172.1 CC), se encierra no sólo una referencia a que dicha entidad deba ser estatal, autonómica o local, sino también a los órganos de dicha entidad territorialmente competentes para ejercer las funciones de ésta.

En conclusión, opino que por Juez del domicilio de la correspondiente entidad pública ha de entenderse Juez de la sede del órgano de esa entidad que tenga competencia territorial para el ejercicio de las funciones de la misma en el caso concreto.

B) *El domicilio del adoptante como fuero «subsidiario». Significado de «en su defecto»*

En defecto de la anterior atribución competencial y para los mismos asuntos citados al principio del precedente apartado A), la competencia corresponde al Juzgado del domicilio del adoptante. Esto, al menos, según resulta a primera vista de la letra del artículo.

En realidad, ni la subsidiariedad del fuero del domicilio del adoptante está bien expresada, ni se da en la pluralidad de asuntos a los que, según la letra, parece extenderse.

La defectuosa expresión de la subsidiariedad del fuero radica en que el presupuesto de aplicación del fuero subsidiario parece configurarse como la imposibilidad de aplicar el fuero del domicilio de la entidad. Esta circunstancia no puede darse: la entidad pública siempre tendrá domicilio —ateniéndonos a la letra de la Ley— o, como hemos entendido más correcto interpretar, siempre habrá un órgano de la entidad pública localizado y territorialmente competente para ejercer las fun-

ciones de protección, y, con referencia a ese órgano, siempre podrá determinarse la competencia territorial de un Juzgado.

Lo que sí es cierto, sin embargo, es que la entidad pública no tiene intervención en todos los asuntos a los que se refiere la norma de competencia territorial. No la tiene exactamente en los procedimientos de adopción que no requieran propuesta previa de la entidad. Esto conduce a pensar que el significado de «en su defecto» debe ser en defecto de la preceptiva intervención de la entidad pública en el procedimiento. Para ese caso, que es exclusivamente el de adopción previa solicitud del adoptante, rige el fuero del domicilio de éste.

Todo lo dicho conduce también a demostrar que la subsidiariedad de este último fuero es sólo aparente. Por un lado, este fuero no es aplicable en asuntos de acogimiento y de control de las funciones de protección encomendadas a la entidad, y esto no sólo porque la entidad tiene entonces intervención, sino porque el domicilio del adoptante carece completamente de relevancia. Por otro lado, tampoco es aplicable en adopciones que requieran propuesta previa de entidad pública, porque siempre es posible atribuir la competencia en relación con la sede del órgano de ésta que hubiera presentado la propuesta.

El fuero del domicilio del adoptante sólo es aplicable, en cuanto a la constitución de la adopción, para las adopciones que no requieran propuesta de la entidad y, en tal caso, ni siquiera concurre con el fuero del «domicilio» de ésta (dado que la entidad no interviene preceptivamente en el procedimiento), sino que opera como fuero único.

C) *El domicilio del adoptante como fuero único para las pretensiones de los arts. 179 y 180 CC*

Para estas pretensiones sí se establece con claridad el domicilio del adoptante como fuero único y ello con indiferencia respecto a si la adopción con la que guardan relación fue constituida previa propuesta de la entidad pública o previa solicitud del adoptante. La consideración separada de estas pretensiones de los arts. 179 y 180 CC respecto a las «actuaciones judiciales... sobre adopción», sustrae a aquéllas de esta expresión que hubiera podido comprenderlas y excluye toda posibilidad de tomar como referencia el «domicilio» de la entidad pública.

Por otro lado, ha de advertirse que la pretensión del art. 180 CC habrá de respetar el litisconsorcio pasivo necesario de adoptante y adoptado y es posible que el domicilio de éstos no coincida. En este supuesto, tal vez marginal, la claridad del precepto impide afirmar la

conurrencia de los fueros de los domicilios de los demandados, con facultad de elección para el actor.

8. EFICACIA DE LA SUMISIÓN PARA ATRIBUIR COMPETENCIA EN ESTOS ASUNTOS

Fue ésta una cuestión discutida bajo la normativa anterior y sigue siendo discutible.

Por plantearla en términos realistas, creo conveniente advertir que es más probable que surjan problemas respecto a la eficacia de la sumisión tácita que respecto a la sumisión expresa. Esta última se pacta en un convenio relativo a determinada relación jurídico-material, lo que excluye en gran parte su posibilidad de hecho en estos asuntos, que se hallan ampliamente sustraídos a la actividad negocial. No obstante, estas mismas consideraciones sugieren la probabilidad de cláusulas de sumisión en los convenios de acogimiento, formalizados con intervención de entidades públicas (art. 173.2 CC), y en los documentos en que se formalice la asunción de la guarda por la entidad pública a instancia de quien tiene potestad sobre el menor (art. 172.2 CC).

Para la solución del problema hay que distinguir los asuntos que son tratados en procedimientos de jurisdicción voluntaria y las pretensiones cuya interposición da lugar a un proceso.

En cuanto al primer tipo de asuntos, aunque doctrinalmente se han defendido las dos soluciones posibles,¹⁶ me inclino por pensar que la sumisión no es eficaz. Como ya argumentó la STS 5 de enero de 1935, aunque el art. 56 LEC permite ampliamente la sumisión, sus referencias a «pleitos», «ejercicio de acciones» y «litigantes» vienen a demostrar que la norma no contempla los actos de jurisdicción voluntaria, sino sólo los procesos. Obsérvese que este artículo ya no contiene, a diferencia del art. 298 de la antigua LOPJ, la mención de «pleitos y actos», que podía justificar la extensión de la eficacia de la sumisión a los procedimientos de jurisdicción voluntaria.¹⁷

16. Véanse RUIZ GIMÉNEZ, *La competencia territorial en relación a los actos de jurisdicción voluntaria*, RDPPro. Iberoam-filip., 1961, pp. 561-585; R. GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, ADC, 1953-I, pp. 39-40; J. ARCE FLÓREZ-VALDÉS, *El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados*, RDP, 1978, pp. 374-376; M. PELAEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, pp. 246-247.

17. Resaltando la específica mención de los actos en el art. 298 de la antigua LOPJ, PELAEZ, *La competencia territorial*, cit., p. 247.

Además de esta consideración de alcance general ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1) Algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria sobre estos asuntos se inician de oficio por el Juez, lo que excluye la posibilidad de sumisión tácita y la vinculación a una sumisión expresa.

2) La participación del Ministerio Fiscal en todos estos procedimientos (art. 1.825 LEC) y, en algunos de ellos, como solicitante de su iniciación, garantiza la preferente aplicación de las reglas legales de competencia territorial, dado que el principio rector de la actuación del Ministerio Fiscal es el principio de legalidad (art. 6 Estatuto del Ministerio Fiscal).

3) En los supuestos de iniciación del procedimiento por acto de la entidad pública ésta no puede desconocer el régimen de la competencia territorial de sus órganos, dado que es de *ius cogens* (art. 4 LPA),¹⁸ por lo que, si se recuerda la relación entre esta competencia y la atribución de competencia territorial al Juzgado,¹⁹ la única solución correcta es la aplicación de la regla legal del primer inciso del art. 63.16.ª LEC.

Para el segundo tipo de asuntos, es decir, los que dan lugar a procesos «contenciosos», la solución es, en principio, diferente. No hay argumento sólido que permita excluir la eficacia de la sumisión, especialmente (en cuanto más probable, como al principio se advirtió) de la sumisión tácita. La clara mención en el art. 56 LEC de «las acciones de toda clase» establece una norma general, cuya aplicación no queda excluida por ninguna de las normas especiales que prohíben la sumisión o limitan su alcance.²⁰

Sin embargo, si el Ministerio Fiscal debe ser parte en alguno de estos procesos (arts. 179 CC, 1.825 y 1.832 LEC), su intervención garantiza que se aplique el fuero legal, dado que, por el criterio que rige su actividad (principio de legalidad: art. 6 Estatuto Ministerio Fiscal), tiene el deber de plantear el tema competencial con el fin de aplicación de aquel fuero.

18. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1977, pp. 119-122.

19. Véase *supra*, apartado 7, A).

20. PÉREZ, *La competencia territorial*, cit., pp. 411-415.

9. CONTROL DE LA COMPETENCIA Y CUESTIONES DE COMPETENCIA

Estos temas no suscitan problemas especiales en relación con la competencia territorial en los procesos «contenciosos».

Distinto es el caso en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, aunque, como es lógico, no siendo posible descartar dudas sobre la atribución de competencia en estos asuntos, deberán poder solventarse por los medios establecidos en LEC.

En primer término, y obteniendo la conclusión de no considerar eficaz la sumisión en estos asuntos, entiendo que el juez debe rechazar de oficio la solicitud presentada si, partiendo del contenido de ésta, no le viene atribuida la competencia por aplicación de la regla legal.²¹ En esta resolución deberá indicarse el órgano competente (artículo 51.2 LOPJ).

En defecto de esa declaración de oficio, los medios para resolver el tema competencial sólo pueden ser la declinatoria y la inhibitoria,²² contando con las dificultades de adaptación de unas normas, como las que rigen esos instrumentos, que están formuladas con claras referencias literales a los procesos «contenciosos». La inhibitoria y la declinatoria podrán ser propuestas, por analogía con el art. 73 LEC, por los legitimados para intervenir en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.²³ En cuanto al órgano competente para resolver la cuestión de competencia ha de atenderse a la incidencia de la Ley 10/1968, de 20 de junio, según la cual, tratándose de actos de jurisdicción voluntaria del Libro III de la LEC (art. 1.1.º) y de Juzgados de Primera Instancia de la misma provincia (art. 1.3.º, a), órgano decisor es la Audiencia Provincial.

21. RUIZ GUTIÉRREZ, *La competencia territorial*, cit., pp. 118-119; GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general*, cit., p. 41.

22. RUIZ GUTIÉRREZ, *La competencia territorial*, cit., pp. 119-121; GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general*, cit., pp. 40-41.

23. GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general*, cit., p. 41.

LOS JUZGADOS DE MENORES EN LA NUEVA ORGANIZACION JUDICIAL *

JOSÉ MARTÍN OSTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

Presentación. — I. Evolución histórica de los Organos Jurisdiccionales de Menores: A) La Ley de Bases de 1918; B) El vigente texto de 1948; C) La Constitución de 1978. — II. La Ley Orgánica del Poder Judicial. — III. Otras disposiciones: A) Informe del Gabinete Técnico del CGPJ; B) Reglamento para la especialización como Juez de Menores; C) Anteproyecto de Ley de Demarcación y de Planta Judicial; D) Nueva regulación en materia de adopción. — IV. Palabras finales.

PRESENTACIÓN

Nos vamos a ceñir a un tema, a nuestro juicio, atractivo, no muy tratado por la doctrina y, desde luego, bastante importante.

En efecto, la Jurisdicción de Menores —máxime a partir de su incardinación en la pirámide jurisdiccional ordinaria— tiene una importancia no sólo procesal sino, también, social y política, en cuanto a las consecuencias de toda índole que puede producir su funcionamiento acertado o no. En España, tradicionalmente, su tratamiento científico ha gozado de un incomprensible abandono,¹ con contadas excepciones en el Derecho Penal y Procesal —entre los segundos nos

* Ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León (Burgos, enero de 1988).

1. Sobre ello, ver nuestro trabajo *La intervención de abogado en el procedimiento tutelar de menores*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 1, p. 65.

incluimos, hace ya cierto tiempo—; no obstante, en los últimos años se percibe un notable incremento en la atención que los especialistas prestan a los órganos jurisdiccionales de menores, señal inequívoca si no del atractivo apuntado al menos de la trascendencia aludida.

En nuestro recorrido vamos a seguir un método crítico, al objeto de procurar hacer una aportación válida para las circunstancias actuales, y, sobre todo, para el futuro inmediato, en unos momentos de impaciente espera del prometido texto legal que nunca llega.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENORES

Dejando a un lado sus antecedentes patrios (sobradamente conocidos y, con frecuencia, bien estudiados), así como los de Derecho comparado (cuya huella más representativa la encontramos en Chicago, a finales del siglo pasado), al examinar el iter histórico de los órganos jurisdiccionales encargados del menor hay que referirse necesariamente a tres fechas concretas, separadas entre sí por similares períodos de tiempo.

A) *La Ley de Bases de 1918:*

En este año se crean en España los antecedentes directos de los actuales Juzgados de Menores. El 2 de agosto se publicó la Ley de Bases y el 25 de noviembre se aprobó el Decreto-ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para Niños.

El fruto legislativo fue la culminación de una larga cadena de intentos en pro de la instauración, a imagen y semejanza de cuanto se había hecho en los países entonces más avanzados del mundo, de unos específicos Tribunales para Niños. Estos, como hemos afirmado en otro lugar, se pretenden establecer tanto para el menor —mejor el niño, según denominación— inadaptado socialmente, como para el abandonado o necesitado de protección que, «sin los rigores del formalismo procesal, atendiendo a sus circunstancias personales, familiares y ambientales, de todo tipo, procedan a la tutela y corrección, en su caso, sacándole definitivamente del Código Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, sobre todo, del establecimiento penitenciario común».²

2. *Los futuros Juzgados de Menores*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, Universidad de Extremadura, 1986, núm. 4, pp. 233 y 234.

Queda atrás una etapa de lucha por esta meta, en la que se perciben las ideas de DORADO MONTERO, CUELLO CALÓN y Concepción ARENAL, junto a los intentos de ARIAS DE MIRANDA (1917), MONTERO VILLEGAS (1914), BURGOS (1915), ALVARADO Y DEL SAZ (1917), etc.³ Como características generales habría que destacar el deseo de modificar la legislación penal y procesal en relación con los menores, estableciendo al respecto unos Tribunales propios con un procedimiento carente de formas procesales. Su intención —se decía— no era represiva, sino tutelar y educativa.

Obviamente, en el nacimiento de estos órganos no latén sólo consideraciones de tipo jurídico (más bien diríamos que en muchas ocasiones casi están ausentes); a su lado no es difícil encontrar razones de beneficencia, humanitarismo y política social. Ello explica la notable presencia de la iniciativa privada en el nacimiento y desarrollo de algunos Tribunales de este tipo, especialmente en lo relativo a instituciones complementarias de acogimiento y reforma (el caso de Vizcaya puede servir de ejemplo).

Ni que decir hay que la comentada aparición en el panorama español a principios del siglo xx merece una positiva valoración. Prueba de ello lo constituyen los sucesivos pasos dados en esta dirección por los distintos países del mundo (incluido el nuestro) en el sentido de corregir y perfeccionar el sistema originario. A estas alturas de la civilización, casi resulta inconcebible una vuelta atrás.

B) *El vigente texto de 1948:*

Sin profundas reformas legislativas en esta materia, transcurren treinta años desde la creación de los primeros Tribunales hasta la promulgación del Texto refundido actualmente en vigor.

En el mismo —a menudo fiel reflejo de lo regulado en anteriores normas, con ligeras modificaciones— se consagra la concepción oficial de la época en lo referente a los Juzgados específicos para niños, entonces denominados Tribunales Tutelares de Menores.

Diversos aspectos llaman la atención del estudioso. Así, en primer lugar, se plantea la cuestión de la naturaleza de estos órganos. Obviamente, su existencia al margen de la Ley Orgánica del Poder Judicial entonces vigente, la anómala selección de sus miembros, el procedimiento seguido en el funcionamiento de dichos Tribunales, etc., debe-

3. *Los futuros...*, *op. cit.*, pp. 230 a 233.

ría descartar su posible carácter jurisdiccional. Sin embargo, tanto en la legislación de la época (p.e. Ley de Conflictos Jurisdiccionales, precisamente del mismo año), como en la coetánea doctrina del Tribunal Supremo, se la califica frecuentemente como jurisdicción especial. Para el reducido sector de la doctrina que prestaba atención a la institución estudiada, amén de la constatación expuesta, el ideal a conseguir lo constituía la jurisdicción ordinaria especializada.⁴

La organización de los citados Tribunales es provincial, generalmente, radicando la sede en la respectiva capital y extendiendo su ámbito a toda la demarcación. Para la segunda instancia se prevé un recurso ante el Tribunal de Apelación situado en Madrid.

En cuanto al personal que los sirve, el texto refundido de 1948, en línea con lo regulado anteriormente, no exige la pertenencia de sus miembros a la carrera judicial ni al secretariado. Basta que sean Licenciados en Derecho, con la adición de unos requisitos de moralidad, conducta y, teóricamente, especialización en la materia. Su nombramiento corresponde al Ministerio de Justicia y la elección recaía en personas no muy distantes de la situación imperante. Todo ello ha facilitado una de las más fundadas críticas a la organización de los Tribunales Tutelares de Menores.

Otro tema destacado que, igualmente, ha levantado reprobación, es el de la competencia objetiva.

Según el artículo noveno de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, éstos conocen:

1.º a) De las acciones u omisiones atribuidos a los menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código Penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas, sin otra excepción que los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar.

b) De las infracciones cometidas por menores de la misma edad consignadas en las Leyes provinciales y municipales.

c) De los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora.

2.º De las faltas cometidas por mayores de dieciséis años comprendidas en el artículo 584 del Código Penal.

4. Entre otros, ver nuestra tesina de licenciatura *Jurisdicción de menores. Naturaleza y competencia*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, 1973, p. 27.

3.º De la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación:

a) En los casos previstos en el Código Civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores.

b) En los consignados en los números 5, 6, 8, 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código Penal, y en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903.

En el ejercicio de la facultad reformadora, consignada en el número 1.º de este artículo, la jurisdicción del Tribunal no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar; en la de enjuiciamiento de mayores, a que se refiere el número 2.º, tendrá carácter represivo; y en el ejercicio de la facultad protectora del número 3.º, las resoluciones del Tribunal serán esencialmente preventivas.

Tres son, pues, las manifestaciones del ejercicio de su función: facultad reformadora (a nuestro juicio, la principal razón de ser de unos órganos de esta naturaleza), facultad protectora (cuya materia no es propia de estos Tribunales) y el enjuiciamiento de mayores de dieciséis años (que, como hemos afirmado en diversas ocasiones, es una competencia que debe estar atribuida en exclusiva a los Tribunales penales ordinarios).

Por lo que respecta al procedimiento, éste deja bastante que desear. Desde una perspectiva procesal, la crítica es demoledora. Aunque, en general, la intención parece sana, con objeto de atender preferentemente a la persona del menor (p.e., no publicidad, sin sujeción a las reglas procesales comunes, con el empleo de fórmulas sencillas, etcétera), el procedimiento prescinde de las mínimas garantías y del respeto a los derechos fundamentales (así, se prescinde de Abogado, se admiten informes privados cuasi anónimos, en la prueba sólo interviene el Tribunal, etc.). En la lectura atenta del citado cuerpo normativo se descubren preceptos relativos al procedimiento que, hoy día, a la luz del vigente texto constitucional, resultan insostenibles. Ya en 1974 abogamos por la conversión de dicho procedimiento en un auténtico proceso, con todo lo que ello significaría.⁵

También las decisiones del Tribunal merecen, al menos, un pequeño comentario. En los acuerdos —que así se llaman— se apreciarán los hechos con razonada libertad de criterio, en relación con las condicio-

5. *Ideas para un futuro proceso tutelar de menores*, con Manuel GÓMEZ DEL CASTILLO, Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho.

nes morales y sociales del menor. Además, más adelante, pueden ser modificados o dejados sin efecto tanto de oficio como a instancia de parte, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a los fines tutelares informantes de los citados Tribunales.

Si valorar procesalmente el texto de 1948 es tarea fácil, no sucede lo mismo con el funcionamiento de estos órganos durante los treinta años posteriores. Como es lógico y con las consabidas limitaciones del marco legal expuesto, la eficacia o no de la labor tutelar a lo largo de este período de tiempo se ha debido primordialmente al personal que ha prestado sus servicios en los Tribunales Tutelares de Menores y en los correspondientes centros de internamiento.

Cualquier descalificación global nos parece, amén de atrevida, injusta.

En el momento presente, más que hacer un balance, interesa destacar la vigencia del Texto refundido en cuestión.

C) *La Constitución de 1978:*

La transición política a un nuevo régimen significó, entre otras muchas novedades, la aprobación de un texto constitucional bien diferente de la legislación fundamental anterior. También en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia, la nueva situación ha variado sustancialmente en relación con la precedente. En concreto, el contraste entre el Texto refundido de 1948 y la Constitución aprobada treinta años más tarde resulta evidente.⁶

Pero lo más grave no es esto. Lo verdaderamente importante, en nuestra opinión, es constatar que, diez años después de promulgada la citada Carta, todavía siguen organizándose y funcionando básicamente los Tribunales Tutelares de Menores en España con arreglo a lo establecido hace ocho lustros, en unas circunstancias distintas por completo a las actuales. La manifiesta incapacidad de dicha legislación desfasada para atender satisfactoriamente a las exigencias del tiempo presente fortalece la necesidad de una nueva normativa sobre el tema que nos ocupa.

Las disparidades apuntadas se perciben orgánica y procesalmente. Así, a título de ejemplo, en cuanto a lo primero, en la Constitución

6. Recién aprobado el texto constitucional, nos manifestamos al respecto: *Anotaciones procesales a la nueva Constitución (desde una perspectiva jurisdiccional de menores)*, en *Revista PRETOR*, 1979, enero-marzo, pp. 19 y ss.

de 1978 se consagra el principio de unidad jurisdiccional como la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, terminando de este modo un dilatado período histórico en que los órganos jurisdiccionales de menores constituían una jurisdicción especial aparte. Además, los Jueces y Magistrados de carrera formarían un Cuerpo único, lo que excluye la posibilidad —al no tratarse éstos de Tribunales consuetudinarios ni tradicionales— de mantener el denostado sistema de selección por el poder ejecutivo. Unidad jurisdiccional y Jueces de carrera, en especial referidos a los Tribunales de Menores, eran dos necesidades —tal vez, las más acuciantes— que no admitían demora en su satisfacción. Igualmente, otros aspectos como la necesidad de que las sucesivas instancias procesales se agoten «ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia» (art. 152.1), la participación «en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado» (art. 125), la publicidad de las actuaciones judiciales, «con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento», la oralidad del procedimiento «sobre todo en materia criminal» (art. 120), etc., también tienen incidencia en mayor o menor medida.

Por lo que concierne a las garantías procesales, las prescripciones constitucionales son taxativas. El mandato del art. 24 (especialmente las referencias a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia) choca abiertamente con lo que hasta el momento había venido siendo práctica habitual en el funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores.

Como conclusión, se deduce la exigencia inexcusable de realizar la inmediata adaptación de la normativa reguladora de los órganos jurisdiccionales de menores a la vigente Constitución. De este modo, se evitaría la posibilidad actual de una aplicación en parte inconstitucional por órganos no siempre del todo idóneos, así como su trágica alternativa, que «significaría paralizar inmediatamente toda actividad jurisdiccional al respecto, en espera de la pertinente y adecuada regulación».⁷

7. *Los futuros*, op. cit., p. 242.

II. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Después de más de un siglo de vigencia del anterior esquema organizativo del Poder Judicial, con sus correspondientes incidencias y altibajos históricos, en 1985 se ha procedido a una reestructuración del mismo. Por lo que atañe a los órganos que constituyen el objeto de estas breves consideraciones, la transformación ha sido muy notable; diríamos que trascendental.

En efecto, por primera vez en nuestra historia se ha producido la incardinación de éstos dentro de la pirámide jurisdiccional ordinaria. Así, y esperemos que de modo irreversible, se pone fin a una etapa de difícil nacimiento y de no menos confuso desarrollo, al mismo tiempo que comienza un período de normalización orgánica y procesal.

Sin embargo, tal vez debido al escaso tratamiento científico recibido por parte de la doctrina, a la corta experiencia de estos órganos, a ambos factores a la vez, o con otros complementarios, lo cierto es que la correspondiente regulación de la LOPJ no ha sido todo lo acertada que hubiera sido deseable. Como ejemplo de ello digamos que un hecho tan importante como es la reseñada incorporación a la organización jurisdiccional ordinaria, en la Exposición de Motivos pasa aparentemente desapercibido para el legislador.

Pero veamos cuál es la concepción que el texto orgánico tiene de los Juzgados de Menores (así se llamarán en el futuro, en lugar de Tribunales para Niños o Tribunales Tutelares de Menores; en este sentido, la nueva denominación parece más acertada, en cuanto que se trata de órganos unipersonales). ¿Constituyen éstos un orden jurisdiccional propio? El art. 9.º menciona sólo los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social; en similar línea, los arts. 22 a 25. De ello hay que inferir que no hay en nuestra actual organización judicial más órdenes jurisdiccionales que los referidos y que, por natural exclusión, los Juzgados de Menores forman parte del orden jurisdiccional penal en su amplia acepción. A mayor abundamiento, las cuestiones de competencia entre órganos de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el inmediato superior común (art. 51.1) y esta resolución, por lo que se refiere a los Juzgados de Menores, está atribuida, respectivamente, a la Audiencia Provincial (art. 82.7.º), Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73.4) y Sala correspondiente del Tribunal Supremo (art. 60.1), de donde se deduce, también, su pertenencia al orden jurisdiccional

penal, pues lo contrario significaría afirmar su carácter civil, lo que no parece muy ajustado a su específica competencia sobre delitos y faltas cometidos por menores (art. 97). A nuestro juicio, en un inmediato futuro, esta primera cuestión planteada tiene gran importancia, cara a regular detalladamente por ley la competencia objetiva de dichos órganos.

Al ordenarlos, a modo de teórica pirámide jurisdiccional, de abajo arriba, comenzando por los Juzgados de Paz y terminando por el Tribunal Supremo, el art. 26 los sitúa en el segundo grado, esto es, después de los de Paz y englobados en la misma categoría con los de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social y de Vigilancia Penitenciaria; también, el Título cuarto del Libro primero los regula a todos ellos, sucesivamente, en el capítulo quinto, aunque, eso sí, tanto en el enunciado del mismo como en el consiguiente tratamiento normativo, casualmente, los Juzgados de Menores ocupan la última posición. Esta susceptibilidad, posiblemente exagerada, encuentra más adelante cierta razón de ser al enfrentarse el estudioso, dentro del Título segundo del Libro tercero, con el régimen de sustituciones de los Jueces.

Efectivamente, los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de Menores y de lo Social se sustituirán entre sí en las poblaciones donde existan varios del mismo orden jurisdiccional (art. 210.1). Pero, cuando en una población sólo existiera un Juez de un determinado orden jurisdiccional, será sustituido por el titular de cualquiera de los restantes. Entonces, corresponderá a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción la sustitución de los demás órdenes jurisdiccionales; la de aquéllos corresponderá a los Jueces de lo Contencioso-administrativo y de lo Social (art. 211.1 y 3). Como se ve, cuando se trata de Jueces de distintos órdenes jurisdiccionales, la discriminación es patente respecto a las facultades de los de Menores.

Hasta ahora parece percibirse, respecto del legislador, más que desconsideración cierta confusión sobre la naturaleza de los Juzgados estudiados, al mismo tiempo que un aparente desconocimiento de los efectos que debe generar su trascendental incardinación en la nueva organización judicial española. Estas conclusiones, que pueden pecar de alguna precipitación, adquirirán más consistencia conforme avancemos en el análisis de caracterizados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para la materia que nos ocupa, nos interesan principalmente los artículos 96 y 97 del citado texto; en los mismos se contiene la prin-

cial atención legal prestada en 1985 a los Juzgados de Menores; no obstante, al hilo del comentario irán apareciendo otras normas.

El primero de ellos establece, como regla general, que, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más órganos jurisdiccionales de este tipo. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede y, en ocasiones, en atención al volumen de trabajo, su ámbito territorial podrá restringirse (bien a un partido o agrupación de partidos) o, por el contrario, ampliarse (bien a dos o más provincias); en cuanto a los partidos, se entiende, lógicamente, que han de estar comprendidos dentro de la misma provincia; por expreso imperativo legal, las provincias han de estar ubicadas dentro de los límites de la misma Comunidad Autónoma.

Por su parte, el artículo 97 se refiere a la competencia objetiva. Como se desprende de la atenta lectura del precepto, dos grupos de materias quedan atribuidas al Juez de Menores: a) los delitos y faltas, cometidos por menores de edad penal y que, tradicionalmente, constituyen el objeto principal de su conocimiento, lo que en general no plantea problema alguno; y b) aquellas otras funciones que, en relación con los menores de edad (hay que endender civil), «les atribuyan las leyes». Obviamente, el segundo grupo de posibles competencias produce inquietud, pues la expresión, amén de ser imprecisa y vaga, podría contener la llamada facultad protectora, entre otras posibilidades.

Aunque será la futura Ley de Menores la que regule detalladamente dicha competencia, sin duda, en la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha abierto ya la puerta a la posible inclusión de unas materias ajenas por completo a lo que debe constituir el conocimiento específico de estos Juzgados.

Además de las líneas generales diseñadas por estos dos artículos, otros aspectos se encuentran regulados —con referencia directa o no— en muchos preceptos del mismo cuerpo legal.

Entre los primeros hay que señalar el tema de la apelación. La Audiencia Provincial, que tendrá su sede en la capital de la provincia de la que tomará su nombre y que extenderá su jurisdicción a toda ella (art. 80.1), conocerá de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la misma provincia (art. 82.7.º). Esto es cuestión pacífica; se sigue aquí el criterio normal de la LOPJ de atribuir el conocimiento de las apelaciones a la Audiencia Provincial correspondiente. Pero, en alguna ocasión, puede provocar desajustes. Nos referimos al supuesto, contemplado anteriormente, de que exista sólo un Juzgado de Menores para dos o más provincias (art. 96). En

este caso, tomaría su nombre de la población donde radicara su sede. Combinar la existencia de este hipotético Juzgado de Menores supra-provincial con el acceso a la Audiencia Provincial adecuada puede, a nuestro juicio, presentar alguna disfunción, sea cual sea la solución por la que se opte. Todo ello, con independencia de que nos parezca poco afortunada la simple posibilidad legal de que, «cuando el volumen de trabajo lo aconseje», pueda establecerse un Juzgado de este tipo cuya jurisdicción se extienda a dos o más provincias (eso sí, de la misma Comunidad Autónoma; el legislador parece más preocupado por el respeto de los límites territoriales autonómicos que por la materia a regular; ajenos a lo que nos deparen el futuro movimiento de poblaciones y la demografía, en nuestra opinión, resulta descabellada la citada previsión legal).

Como hemos afirmado, otros preceptos regulan indirectamente los órganos jurisdiccionales de menores. Aunque en muchos casos la referencia legal no sea trascendente, por el contrario, en algunos tiene gran importancia; así sucede, por ejemplo, con los relativos a la elección de Decano (art. 166), reparto de asuntos (art. 167), concursos de provisión (aunque en este caso con preferencia por la especialización, art. 329.1 y 3), etc. Son consecuencias lógicas de su nueva incardinación en la estructura jurisdiccional ordinaria. Por otro lado, además de lo atinente a materia preferentemente orgánica, distintas referencias a aspectos procedimentales incidirán necesariamente en la regulación futura de dichos Juzgados (en especial, las contenidas en los títulos preliminar y tercero de la citada Ley Orgánica).

Las alusiones al futuro texto procesal de menores son claras; también lo ha sido el posterior silencio del legislador. En efecto, la disposición adicional primera establece que, en el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, entre otros, el proyecto de Ley de reforma de la legislación tutelar de menores. Ha transcurrido con creces el plazo fijado y aún estamos a la espera. Por ello, en cumplimiento de la disposición transitoria cuarta del mismo cuerpo normativo, los actuales Tribunales Tutelares de Menores continúan ejerciendo sus funciones hasta que entren en funcionamiento los Juzgados de Menores.

En cuanto a la situación de los actuales funcionarios de los Tribunales Tutelares, la voluntad del legislador se manifiesta en el sentido de equipararlos a los de la Administración de Justicia; así, la disposición transitoria vigésimo sexta regula la nueva situación tanto de los miembros de la escala de Jueces unipersonales de menores y de los

que pertenezcan a la de Secretarios de dichos Tribunales, como del resto del personal que preste servicios en los mismos, respetándoles el destino en que venían realizando su trabajo. La escala de Jueces unipersonales de menores queda declarada a extinguir; los Secretarios y demás personal se integrarán en los distintos Cuerpos. Pero ¿qué sucederá con los actuales Delegados de Libertad Vigilada? ¿En qué Cuerpo se integrarán? ¿Cuál es su futuro? Todas ellas son cuestiones de difícil respuesta en el momento presente.

Finalmente, la disposición transitoria trigésimo cuarta establece que, mientras no se apruebe la Ley de planta, los órganos jurisdiccionales existentes continuarán con la organización y competencia que tienen a la fecha de entrada en vigor de la comentada Ley Orgánica del Poder Judicial (que fue en el mes de julio de 1985).

En suma, lo expuesto constituye, en líneas generales, las pautas maestras a las que habrán de atenerse necesariamente en el futuro la estructura orgánica y el funcionamiento de los Juzgados de Menores. Junto con la Constitución vigente (con la que también coincide en el contraste respecto al Texto refundido de 1948), la nueva Ley Orgánica es la normativa básica en la materia que comentamos. Como hemos afirmado, la principal novedad consiste en la incardinación de estos órganos en la estructura jurisdiccional ordinaria, pero, como también hemos apuntado, su regulación no siempre es acertada.

III. OTRAS DISPOSICIONES

Más tarde, una serie de disposiciones de distinto rango —en alguna ocasión, simple anteproyecto— ha venido a completar por ahora el panorama legislativo expuesto. Así:

A) *Informe del Gabinete Técnico del CGPJ:*

Con fecha de 8 de octubre de 1986, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó los criterios contenidos en las conclusiones del informe emitido por el Gabinete Técnico de este órgano de gobierno sobre la problemática de la detención de los menores de edad penal. El mismo se había encargado debido a la comunicación recibida del Colegio de Abogados de Madrid, denunciando la «situación global de grave obsolescencia e inadecuación a los principios constitucionales de todo el marco de la legislación de menores».

Su contenido nos interesa a efectos de conocer la opinión del Consejo General, en dicha fecha, sobre el objeto de estas consideraciones y poder prever, en cierta manera, su actitud futura. Pues bien, en el referido informe se afirma que en la normativa de 1948 se configura lo que podría considerarse una jurisdicción especial, concebida con un carácter paternalista, que parece haberse entendido refiado con el rigor en las garantías jurídicas para las personas sobre cuyos derechos e intereses inciden los procesos seguidos ante la misma. Es precisa —se añade— la reordenación, desde un punto de vista sustantivo, procesal y organizativo, de toda la legislación de menores.

Dos aspectos, especialmente, conviene destacar. En primer lugar, la consideración de verdadero carácter punitivo de las medidas que se adoptan respecto de los menores, en cuanto limitativas de los derechos de los mismos, lo que habrá de conllevar necesariamente la aplicación de todas las garantías jurídicas que se derivan del artículo 24 de la Constitución. En segundo, la necesidad de proceder a una acertada delimitación de la competencia atribuida a estos órganos jurisdiccionales, descargándoles de funciones propias de Juzgados de primera instancia e, incluso, del poder ejecutivo.

Después de examinar el tema objeto del estudio, como primera de sus conclusiones (entre otras, necesidad de habilitar en Madrid un servicio de guardia entre los Jueces unipersonales de menores, intervención a prevención de los Jueces de Instrucción en funciones de guardia, etc.), el informe insiste en que «la legislación de menores se encuentra en muchos aspectos en contraposición con las normas y principios constitucionales y con la evolución producida en los restantes ámbitos sustantivos y procesales del ordenamiento jurídico. Deben, por consiguiente, introducirse en su aplicación las correcciones necesarias, por aplicación directa de las normas constitucionales y acudiendo a las disposiciones del ordenamiento procesal penal que han desarrollado aquéllas».

B) *Reglamento para la especialización como Juez de Menores:*

En 1987 el Consejo General del Poder Judicial nuevamente centra su atención sobre estos órganos. Por Acuerdo de 16 de junio, aunque los Juzgados de Menores no han entrado aún en funcionamiento, se aprueba el reglamento para la obtención de la especialización, debido «a la urgente necesidad de que tal función jurisdiccional sea desempeñada por quienes hayan acreditado una especial sensibilidad y una real

profundización en el estudio de las disciplinas implicadas en la materia de Menores».

En la presentación, a modo de exposición de motivos, se habla de *Orden de Menores* y se afirma que el desarrollo del proceso de especialización se aborda desde una perspectiva interdisciplinar y humanista, articulándose en tres fases: una lectiva, otra práctica y, finalmente, otra lectiva.

Pues bien, respecto a las etapas de instrucción teórica destacan algunas materias objeto de estudio en el programa de actividades del curso; así, en el art. 6.º, entre otros, se recogen: Derecho de Familia sustantivo, Introducción a la Pedagogía, Servicios Sociales y Servicios Comunitarios, etc. Es decir, el Consejo General del Poder Judicial califica textualmente como preferente, en la especialización del Juez de Menores, el conocimiento de las disciplinas apuntadas, máxime cuando el programa en cuestión no es excesivamente amplio. De ello puede deducirse cierta confusión en torno a la debida competencia objetiva de los órganos estudiados.

En cuanto a la fase de carácter práctico, se desarrollará —además, lógicamente, de en los Juzgados de Menores— en los de Familia, en Instituciones de Reforma, de Protección de Menores y en Servicios Comunitarios (art. 5.º). Una vez más planea la sombra de la facultad protectora, cuando no de competencias estrictamente civiles.

C) *Anteproyecto de Ley de Demarcación y de Planta Judicial:*

Con retraso sobre lo prescrito en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en septiembre de 1987 tuvimos información de las intenciones ministeriales en torno a la futura Ley de Demarcación y de Planta Judicial.

En el Anteproyecto conocido se contienen diversas referencias a los Juzgados de Menores (p.e., en el art. 8.2 se alude a aquéllos con jurisdicción superior a una provincia); sin embargo, no todas son demasiado importantes. El art. 19, además de expresar que la planta de estos Juzgados es la establecida en el Anexo X de la Ley, tiene un contenido casi indiferente (los de Ceuta y Melilla limitan la jurisdicción a sus respectivos partidos judiciales, todos son servidos por Jueces y Magistrados y la provisión se hace mediante concurso en el que predomina la especialización junto con el puesto en el escalafón).

Mayor consideración tienen los arts. 44 a 46. En los mismos se prevé la constitución de los distintos Juzgados de Menores en el pe-

ríodo comprendido entre 1988 y 1992, se prescribe que la entrada en funcionamiento de estos órganos supondrá «el cese de los actuales titulares» del Tribunal Tutelar de Menores cuyo ámbito territorial quede cubierto por aquéllos y «la integración del resto del personal» en los nuevos Juzgados; igualmente se dispone que, a la entrada en vigor de esta Ley, quedará suprimido el Tribunal de Apelación con sede en Madrid.

La integración de Secretarios, Oficiales y Auxiliares no plantea grandes problemas. No sucede lo mismo con la de los actuales Delegados de Libertad Vigilada, que no encuentran en la Administración de Justicia un cuerpo similar en el que ser integrados. No obstante, el Anteproyecto se refiere al «resto del personal» (sin distinción) y especifica que se integrará en el Juzgado constituido, por lo que hay que entender que también éstos pasarán a prestar sus servicios en el nuevo órgano.

La supresión del Tribunal de Apelación, por las razones expuestas en otro apartado de este trabajo, nos parece consecuente y exigida por la actual situación constitucional.

Más adelante, el art. 50.1 preceptúa que «los órganos judiciales se atenderán a las normas orgánicas, procesales y de funcionamiento actualmente en vigor, con las modificaciones que se establecen en la presente Ley»; esto, aplicado a los órganos en cuestión, con el deficiente Texto refundido de 1948, no deja de ser sorprendente.

Sin embargo, a nuestro juicio, el aspecto más preocupante del Anteproyecto lo contiene el art. 58.1. Sin duda, con ánimo pacífico, especifica que «los Juzgados de Menores tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente». Quiere esto decir que el legislador considera que la competencia atribuida a los T. T. de M., por el Texto refundido de 1948, es exactamente la misma que la que concede la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 a los J. de M.? La patente intención de continuidad, en que los Juzgados de Menores representan la sucesión de los anteriores Tribunales Tutelares (según el mandato de la LOPJ), no puede llegar al extremo de heredar toda su competencia, sin proceder previamente a una nueva distribución de la misma. Lo contrario significaría incurrir, una vez más, en los errores denunciados, máxime con las deficiencias del art. 50.1 relativas a aspectos orgánicos y procesales. A pesar de lo manifestado, no se nos oculta la especial situación que en la actualidad atraviesa la jurisdicción de menores, a la espera de una normativa que definitivamente clarifique su naturaleza y funciones. Tal vez, debi-

do a este motivo, el autor del anteproyecto haya pretendido soslayar el problema.

Por último, la disposición transitoria quinta faculta al Consejo General del Poder Judicial, en tanto no se produzca la constitución de los Juzgados de Menores, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria vigésimo sexta de la LOPJ, para proceder al nombramiento de miembros de la Carrera Judicial para las plazas correspondientes a los Tribunales Tutelares de Menores, disponiendo el cese de sus actuales titulares.

D) Nueva regulación en materia de adopción:

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre (BOE del 17), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha alterado sustancialmente la hasta entonces competencia de los Tribunales Tutelares de Menores.

En la misma se atribuye la llamada facultad de protección de menores a las entidades públicas correspondientes, de carácter administrativo (organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, con arreglo a las leyes, en el territorio respectivo). Para las funciones judiciales previstas en la citada Ley será competente el Juez de Primera Instancia, con la posibilidad de que, conforme al art. 98 LOPJ, en aquellas circunscripciones en que exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo esta competencia (disposiciones adicionales primera y segunda). Se sustrae, de este modo, dicha materia del conocimiento de los órganos jurisdiccionales de menores.

La competencia territorial se fija por el domicilio de la entidad pública (art. sexto, por el que se modifica el texto de la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En líneas generales, nos parece un paso positivo. Desde hace bastante tiempo veníamos abogando porque la facultad protectora, que consideramos administrativa y no judicial, desapareciera del ámbito de los Tribunales Tutelares de Menores, hoy Juzgados de Menores. En su caso, las actuaciones judiciales derivadas de esta labor también creemos que deben pertenecer a los Juzgados civiles ordinarios, en modo alguno a los de Menores, pues estos últimos han de conocer exclusivamente de aquellos que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta.

Así pues, la nueva normativa sobre adopción ha representado una

notable modificación de la competencia objetiva de los Juzgados de Menores y, lo que es más importante, a nuestro juicio, debe significar la opción por un inequívoco camino emprendido por el legislador cara al futuro y, cada día más, necesario texto procesal de menores.

IV. PALABRAS FINALES

Creemos que con lo expuesto se facilita en gran manera el conocimiento de la situación actual de los Tribunales Tutelares de Menores, al mismo tiempo que se han señalado las principales claves, en nuestra opinión, para una acertada regulación futura de la materia estudiada.

En cuanto a lo primero, observamos que, después de un dilatado período de funcionamiento, por fin los órganos jurisdiccionales de menores aparecen incardinados dentro de la organización judicial, con carácter de jurisdicción ordinaria especializada, conforme proponía la doctrina científica desde hace tiempo. En las presentes circunstancias, el vigente Texto refundido resulta inadecuado y, lo que es más grave, contrasta abiertamente con lo establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cara al futuro, una vez más, insistimos en la necesidad de tener cuanto antes un nuevo cuerpo legislativo procesal. En este sentido, hacemos incapié en la obligatoriedad de atenerse a lo prescrito en la normativa básica antedicha. Llamamos la atención, especialmente, sobre la competencia objetiva de los Juzgados de Menores, tal vez el aspecto más delicado de la cuestión y la prueba de fuego para el legislador; de su regulación se desprenderá la concepción que se tenga de esta jurisdicción.

Sobre esto último, las diversas disposiciones citadas, de bien diferente rango y naturaleza, no aportan mucha luz; se percibe, por el contrario, cierta confusión.

Esperamos que la nueva normativa disipe todas las dudas y represente el primer paso de un fructífero camino de aciertos en tan importante y, por ende, atractiva materia.

EL SANEAMIENTO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL *

Antonio M.^a LORCA NAVARRETE
Universidad del País Vasco
San Sebastián

SUMARIO:

I. La llamada «comparecencia» del menor cuantía. — II. Significación actual de la «comparecencia» del menor cuantía. — III. Alcance del saneamiento en el menor cuantía. — IV. El acta *sucinta* de la comparecencia.

1. LA LLAMADA «COMPARECENCIA» DEL MENOR CUANTÍA

Tras la Ley 34/1984, de 6 de agosto de RULEC (de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se modificó, fundamentalmente, la competencia objetiva que fijaba las atribuciones por razón de la cuantía para conocer de los llamados procesos declarativos ordinarios. La Ley entonces publicada en el BOE supuso, entre otras cosas, que el peso específico de la actividad procesal común u ordinaria pasara del denominado mayor cuantía al menor cuantía. Esta circunstancia, suficientemente conocida, arrastró consigo también específicas modificaciones que fundamentalmente se concretaron en la introducción en el

* El presente trabajo ha sido elaborado gracias a la posibilidad que me brindó la Titularidad de una *Acción Integrada de Investigación hispano-portuguesa*, conjuntamente con el Prof. Dr. Antunes Varela, de la Universidad de Coimbra, al que estoy sumamente agradecido por su hospitalidad y acceso de medios.

juicio declarativo de menor cuantía de lo que la LEC, a partir de 1984, llama «comparecencia» sin más.

La «comparecencia» tal y como pasa a la LEC y en concreto al menor cuantía se me antoja, en la actualidad, acreedora de una opinión sumamente desfavorable y crítica, pues en estos momentos y con la lejanía de la promulgación de la Ley de RULEC de 1984 y el acercamiento a la realidad concreta de nuestros Juzgados y Tribunales, la «comparecencia» del actual menor cuantía ha resultado tener una andadura *excesivamente* desafortunada.

Y creo que no podría ser de otra manera. Ha sido como una muerte anunciada a pesar de que la doctrina insistiera en su introducción,¹ ya que los viejos problemas de un proceso civil español *esperpéntico* y *sumamente irracional* no se solucionaban mediante la ingenua introducción de lo que la Ley llama «comparecencia» o la doctrina denomina «audiencia preliminar»² o «comparecencia preliminar».³

La «comparecencia» que al final ha resultado ser un «parche» pegado al procedimiento del menor cuantía con una goma cáustica de excesiva mala calidad, solamente ha servido para justificar el paso del mayor al menor cuantía así como una pretendida «modernización» o «puesta al día» de este último. Pues bien, ni lo uno ni lo otro se ha conseguido, puesto que ni el menor cuantía se ha modernizado ni se ha puesto al día con la introducción de la llamada «comparecencia». Muy por el contrario, soy de la opinión de que el problema del proceso civil español de la actual LEC de 1881 es otro bien distinto, pues en definitiva *se tenía que haber procedido a la introducción real y efectiva de la oralidad en el proceso civil*, no simplemente teórica, como la del juicio verbal y cognición, *sino efectiva y práctica con ocasión de haberse llevado a cabo la implantación de la referida comparecencia y del modo que, por ejemplo, se hizo en Alemania a través*

del Modelo de Stuttgart y cuyo inspirador, el prof. Baur, *sólo trataba de trasplantar el modelo de proceso penal* (que sí funciona en la práctica) *al ámbito del proceso civil* (que no funciona en la práctica).⁴ Todo ello, en fin, hubiera resultado ser una apuesta a favor de un proceso civil español, básicamente oral, basado en la efectiva *concentración, intermediación y publicidad* de las diversas actuaciones procesales.

2. SIGNIFICACIÓN ACTUAL DE LA COMPARECENCIA DEL MENOR CUANTÍA

Por tanto, la *comparecencia* no ha producido en la práctica resultados espectaculares, ni mucho menos brillantes y, por consiguiente, siguen subsistiendo los ya viejos y penitentes problemas del proceso civil español. Entonces, ¿cuál es la significación actual de aquella? Se trata, pura y llanamente, de una actividad de *saneamiento* a lo que hay que unir, asimismo, *una función de fijación del material fáctico* aportado por las partes en sus escritos de alegaciones, de modo similar a lo que sucede en la réplica y dúplica del mayor cuantía, por poner un ejemplo.

De ambas funciones sin duda que la que más reclama la atención del estudioso es la de *saneamiento* por su novedad en nuestro ordenamiento procesal, pero no en otros en los que aquella actividad es normal o común.⁵

Por consiguiente y en un intento de aproximación a temas objeto de estudio, se puede ya concluir que el significado básico o al menos de mayor novedad de la *comparecencia* es el de ser ante todo una actividad de *saneamiento* (o al menos es lo que pretende ser) que recuerda a instituciones similares como puedan ser *el despacho saneador portugués o brasileño*. Pero no soy de la convicción de que se esté ante

1. Vid. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pp. 234 y ss., aun cuando señale que «debería preverse la posibilidad de que apareciendo en determinados casos claramente su inutilidad fuere mejor dar al Juez facultades para eliminarla» (p. 236). También a favor de la introducción se posicionó la doctrina procesal española. Vid. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1974, t. II, pp. 36 y ss.

2. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma...*, *op. cit.*, cuando señala que se trata «de una *audiencia preliminar* de inspiración austríaca, como la que vengo proponiendo desde 1950» (p. 236).

3. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, tomo I, páginas 519 y ss.

4. Vid. A. M.^a LORCA NAVARRETE, *La novela de simplificación (Vereinfachungs-novelle) de la ZPO*, en *Justicia* 86, IV, y también *Derecho procesal civil, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, 1987, p. 109.

5. Vid. C. BARBOSA MOREIRA, *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, en *Rev. Der. Proc.*, n.º 1 y 2 de 1986, pp. 15 y ss. Es más, el Prof. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pone de relieve cómo lo que él llama «comparecencia preliminar» no es tal novedad, como tal ya existía y existe —según él— en el juicio de cognición (arts. 48 y 52 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), p. 519. Por lo demás, y como tal actividad saneadora se consigna por J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Instituciones saneadoras del proceso civil español: «excepciones dilatorias» y «comparecencia previa»*, en *Justicia* 87, I, pp. 23 y ss.

una «Audiencia Preliminar» tipo ZPO austríaca.⁶ Y ello porque si bien se examina el contenido del art. 693 LEC que fija el contenido de la comparecencia⁷ éste se proyecta, básicamente, hacia una actividad de *saneamiento* simplemente preparatoria de lo que pueda venir después, como es la actividad de prueba, por lo que no se trata de una audiencia preliminar de *alegaciones firmes*⁸ sobre el fondo del asunto. Si en todo caso se quiere que sea ése su significado, al mismo *no es posible atribuirle mayor alcance que el que se otorga a los propios escritos de réplica y dúplica en orden a que las partes «sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad...»* (art. 693 LEC).

Pues bien, salvo esta actividad de fijación fáctica no excesivamente generosa en cuanto a su explicitación y, por tanto, en la línea de determinados escritos de alegaciones de las partes (piénsese en la réplica y dúplica), todo el resto del contenido del art. 693 LEC se halla *sólo y exclusivamente dirigido* a llevar a cabo una actividad de *saneamiento*. Por ello no comprendo bien que la comparecencia del menor cuantía se estructure como audiencia y/o comparecencia preliminar de *alegaciones firmes*⁹ o que *facilite en todos sus aspectos posibles el debate sobre el fondo*¹⁰ cuando de un lado —repito— eso mismo lo consiguen las partes a través de determinada actividad de fijación y alegación y, de otro —y pienso que esto es importante—, esa finalidad *de existir como tal se agotaría en la misma comparecencia, pues después de ella no hay ni juicio ni vista (esto es, debate sobre el fondo)* ya que es preciso no olvidar que se está ante un modelo procedimental básicamente *escrito*.¹¹

En conclusión, la comparecencia del menor cuantía se estructura básicamente como un modelo de *saneamiento* del proceso en la línea de otros modelos de saneamiento que se acogen en otros ordenamientos jurídicos¹² y en la que a su vez se compendia, de un lado, una *conciliación intraprocesal previa* y, de otro, una *actividad de alegación* en la misma línea que también es posible hallar en los escritos de réplica y dúplica en el mayor cuantía. Por ello opino que a la comparecencia no es posible atribuirle mayor entidad que la de ser pura y simplemente una actividad más de *alegación* a cubrir —la última— *en la fase de alegaciones del menor cuantía*.¹³

3. ALCANCE DEL SANEAMIENTO EN EL MENOR CUANTÍA

Partiendo de la convicción de que la comparecencia del menor cuantía se halla básicamente preordenada al saneamiento hasta el punto de que si aquél no se produce el Juez podrá dictar auto de sobreseimiento (art. 693.4 LEC), queda ahora por saber la *extensión del saneamiento* que se sigue mediante nuestra actual comparecencia, y la conclusión que ahora quisiera adelantar es la de que en la referida comparecencia es preciso situarse, además, ante un tipo de saneamiento *strictu sensu* o excesivamente delimitado y corto en cuanto a sus presupuestos.

Si se hace abstracción del modelo de saneamiento austríaco extensamente estudiado por Fairén,¹⁴ cuyo paralelismo con el español él mismo ha señalado, es posible que el otro modelo de saneamiento que puede servir de referencia sea el adoptado desde 1907¹⁵ en Portugal

6. Argumentó V. FAIRÉN GUILLÉ, *La Ley de Reforma...*, op. cit., pp. 236, 238 y ss.

7. Hecha abstracción de la conciliación intraprocesal del art. 692 LEC.

8. Vid. arg. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma...*, op. cit., p. 238. También F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, op. cit., habla de «facilitar en todos los aspectos posibles el debate sobre el fondo...» (p. 519).

9. Vid. arg. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma...*, op. cit., p. 238.

10. Vid. arg. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 519.

11. Vid. A. M.^a LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal civil, laboral y contencioso-administrativo. Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 153, y también cfr. A. M.^a LORCA NAVARRETE, *La marcha hacia un proceso civil a través del modelo de comparecencia que establece la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil 34/1984, para el juicio de menor cuantía*, en *Comentarios a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Revista Colegio de Abogados de Vizcaya*, n.º 26, p. 63, y más en concreto cuando en nota 2 se indica por Ramos Méndez que la comparecencia «es un acto destinado a facilitar el debate sobre el fondo».

12. No creo, en cambio, que el legislador se haya inspirado en tal o cual modelo de saneamiento.

13. También F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 519, y yo mismo, A. M.^a LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal civil...*, op. cit., pp. 119 y ss.

14. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma...*, op. cit., p. 242.

15. El actual Despacho Saneador portugués tiene su origen remoto en el Decreto n.º 3, de 29 de mayo de 1907 (art. 9.º), que creó el despacho destinado a sanear las nulidades procesales. Vid. ANTUNES VARELA, J. Miguel BEZERRA y SAMPAIO E NORA, *Manual de proceso civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 381. No es, por tanto, cierto que la experiencia de la *Erste Tagsatzung* austríaca se expandiera a Portugal y Brasil, por ejemplo, como señala V. FAIRÉN GUILLÉN, *Estudio de la comparecencia en el juicio de menor cuantía del proyecto de Ley Urgente de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1983*, en *B.I.C.A.M.*, n.º 5, 1983, página 35. Más en particular puede consultarse José Alberto dos REIS, *Breve estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, 1927, pp. 81 y ss.

con su trasplante al Derecho brasileño¹⁶ y que ha sido objeto de amplias y sustanciales variaciones y modificaciones a lo largo de su ya extensa historia.¹⁷

En general, y para saber el tipo de saneamiento que es posible encajar en la comparecencia del menor cuantía, sería necesario saber si a su vez aquélla, además de sanear, tiene también como finalidad llevar a cabo un *enjuiciamiento anticipado de la litis*, lo que supondría el hallarnos no tan sólo ante una actividad de saneamiento *strictu sensu*, sino además ante una comparecencia y/o audiencia preliminar de más extenso contenido o *lato sensu*.

Pues bien, ya he adelantado mi estado de opinión sobre el particular y que apoyo el argumento de que la actividad de fijación de los hechos en la comparecencia del menor cuantía (art. 693.3 LEC) entra dentro de la normal fenomenología de la actividad de *alegación* de las partes, y señalaba que idéntica actitud era posible hallar en actividades de alegaciones similares como eran los escritos de réplica y dúplica. Y para justificar este planteamiento *strictu sensu* de nuestra comparecencia voy a utilizar dos tipos de argumentos que hallo en la propia LEC. De un lado, la comparecencia a lo más que alcanza *es tan sólo a fijar los hechos respecto de los cuales no exista disconformidad* (art. 693.3 LEC), que si son todos origina lógicamente que el Juez se halle en disposición de dictar sentencia (art. 693.4 LEC, párrafo 4.º); exactamente de igual modo a como las partes en el mayor cuantía y a través de sus escritos de réplica y dúplica solicitan por medio de *otrosí* que se falle el pleito sin más trámites (art. 549 LEC).

Pero, de otro lado, el saneamiento que se contiene en nuestra comparecencia no implica en ningún caso un *enjuiciamiento anticipado de la litis* que termine mediante una sentencia que sea el producto de un enjuiciamiento *directo* de los hechos a través de la propia comparecencia¹⁸ porque el legislador no llegó a tanto. Y ello por la simple razón de que aquello que quiso el legislador que saliera de la comparecencia es tan sólo la redacción de un *acta* que, por lo demás, deberá ser de *sucinto contenido*. Sólo después de que el *acta sucinta* haya

16. Las diferencias entre uno y otro despacho saneador, en C. BARBOSA MOREIRA, *Saneamiento del proceso...*, op. cit., pp. 21 y ss.

17. Sobre su origen histórico, vid. ANTUNES VARELA, J. Miguel BEZERRA y SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo...*, op. cit., pp. 380 y ss. También José Alberto DOS REIS, *Breve estudio sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, 1927, pp. 81 y ss.

18. Sí, en cambio, en el llamado «*despacho-sentencia*» del art. 510, apart. C, del Código Procesal Civil portugués.

sido suscrita por las partes, por el Juez y el Secretario, y de la misma resulte que las partes se hallan conformes en los hechos, el Juez dictará sentencia (art. 693.4, párrafos 2 y 3 LEC). En consecuencia, y propiamente, no se está ante una actividad de *enjuiciamiento anticipado de la litis* producto de la comparecencia, sino más exactamente de *pura y simple plasmación en la sentencia de los hechos que alegados por las partes respecto de ellos aquéllas no se hallen disconformes*, en la línea —repito— de *transición* de la actividad alegatoria a la fase de sentencia *cuando las propias partes estimen que no es necesario entrar en la fase de prueba*. Situación ésta, por lo demás, muy común en nuestro proceso civil y que la comparecencia no hace más que sancionar o recoger.

4. EL ACTA SUCINTA DE LA COMPARECENCIA

En fin, y este breve repaso sobre la comparecencia del menor cuantía no sería completo si no me refiriera a la siguiente *desafortunada expresión legal*: «de la comparecencia se extenderá acta en la que se hará constar *sucintamente* el contenido de lo actuado...» (art. 693.4 LEC). El *acta sucinta* que deberá extenderse es otro argumento más añadido a nuestra tesis en favor de un saneamiento *strictu sensu*, en la medida que en una *acta sucinta*, al menos teóricamente, no se planteará la necesidad de *especificar* los hechos en los que las partes se hallen conformes, ni *cuestionar* los hechos no probados y que pasarían a la subsiguiente actividad probatoria.

Parece que al menos teóricamente el legislador ni obliga a tal *especificación y cuestionario*¹⁹ y sí pura y simplemente a un mero relato, a lo sumo, de lo que ha pasado en la comparecencia.

19. En el Derecho portugués existen dentro del despacho saneador dos actividades: la de *especificação*, que recoge un resumen de los hechos probados en aquél, y la del *questionário*, que es el conjunto de material fáctico no probado y que pasa a la *Instrução* del proceso y que constituye su base (art. 511 CPCP). Vid. ANTUNES VARELA, J. Miguel BEZERRA y SAMPAIO E NORA, *Manual del Processo...*, op. cit., pp. 398, 403 y ss. Asimismo, Alberto DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado* (vol. III), Coimbra, 1950, pp. 183 y ss. J. RODRÍGUEZ BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil* (vol. III), Lisboa, 1969, pp. 71 y ss. JÓAO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, III, Lisboa, 1980, pp. 162 y ss. F. SUSO SOARES, D. RO-MEIRA MESQUITA y W. FERRAR DE BRITO, *Código de Processo Civil. Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 1981, pp. 320 y ss., y A. ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Declaratorio*, vol. III, Coimbra, 1982, pp. 247 y ss.

EL SOBRESEIMIENTO LIBRE, COMO ALTERNATIVA A LA APERTURA DEL JUICIO ORAL, EN EL PROCESO PENAL ORDINARIO POR DELITOS MÁS GRAVES

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

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Concepto de sobreseimiento libre. — III. Fundamento del sobreseimiento libre que se dicte como alternativa a la apertura del juicio oral. — IV. Principios que lo rigen: 1.º Principio acusatorio formal; 2.º Principio de necesidad. — V. Sujetos intervinientes: órgano judicial y partes. — VI. Motivos de sobreseimiento libre: A) Art. 637.1 LECrim.; B) Art. 637.2 LECrim.; C) Art. 637.3 LECrim. — VII. Resolución judicial. — VIII. Recursos. — IX. Efectos de los autos de sobreseimiento libre.

I. INTRODUCCIÓN

1. El proceso civil que tiene por objeto la satisfacción de los intereses privados de las partes se rige por el principio dispositivo; ello significa que las partes no sólo son libres para acudir o no al proceso, sino que una vez iniciado éste pueden ponerle fin en cualquier momento disponiendo de su derecho. Como reflejo de esta disponibilidad la ley regula las instituciones del desistimiento (arts. 409, 410, 728 y 846, LEC), allanamiento (arts. 523,III y 1541, LEC), transacción (artículos 1809 y 1816, CC), y la doctrina reconoce la vigencia en este proceso civil de la renuncia.¹

1. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (con HERCE), I, Madrid, 1979, pp. 396 y ss.; MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, I, Bar-

Contrariamente a lo que sucede en el proceso civil dispositivo,² el proceso penal se rige, con algunas excepciones —delitos perseguibles previa querrela o denuncia³—, por el principio de necesidad, que exige el ejercicio de la acción penal cuando un hecho revista los caracteres de delito o falta, con independencia de la voluntad de los particulares ofendidos. Consecuencia del principio de necesidad es que el contenido de la resolución a dictar no puede quedar determinado por transacción, allanamiento⁴ o renuncia (art. 106, LECrim.); mientras que el desistimiento del acusador en la primera instancia no tiene la virtualidad de poner fin al proceso.

No obstante, la vigencia en el proceso penal del principio de necesidad no supone que una vez incoado el sumario el proceso penal no pueda suspenderse, y que sólo pueda ponerse fin al mismo por sentencia; por el contrario, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla

celona, 1987, p. 399; DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1984, p. 350; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1986, p. 686, y ALMAGRO, GIMENO, CORTE y MORENO CATENA, *Derecho procesal*, t. I, vol. 1, Valencia, 1986, pp. 522 y 523.

2. Junto al proceso civil dispositivo, que constituye la regla general, existen procesos civiles que se apartan en mayor o menor medida del principio de oportunidad; son los llamados procesos civiles inquisitivos, de los que son ejemplo los procesos de paternidad y filiación, y los procesos matrimoniales.

3. Son delitos perseguibles previa querrela: la calumnia e injuria contra particulares no manifestados por escrito y sin publicidad (art. 466 CP, en relación con el art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y art. 463 CP), y las faltas del art. 104, II, LECrim.

Son delitos perseguibles previa denuncia los siguientes: delitos contra la honestidad comprendidos en el art. 443 CP; abandono de familia (art. 487, V, CP); los delitos de calumnia e injuria por escrito y con publicidad (art. 4.1, de la ley de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona), y los delitos de apropiación indebida o daños en las cosas a que se refiere el art. 12 de la ley de 17 de julio de 1965 de venta a plazos de bienes muebles.

4. La conformidad del procesado no equivale al allanamiento civil, pues como dice SERRA: «el Tribunal (no obstante la conformidad) puede dictar la sentencia que estime más adecuada, incluso absolutoria, sin otra limitación que la de no imponer pena mayor que la solicitada. Limitación lógica habida cuenta de que si el Tribunal estima procedente pena superior debe ordenar la reanudación del proceso» (*El juicio oral*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 778). En el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 197 y 198; FAIRÉN, *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español*, en *Temas del ordenamiento procesal*, II, Madrid, 1969, pp. 1223 y ss., y GUTIÉRREZ DE CABIÉDES, *Correlación entre acusación y sentencia*, en *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974, p. 516.

algunas causas de suspensión *sine die* y de terminación anticipada del proceso. Para comprenderlo debe partirse de las circunstancias siguientes.

En primer lugar, en el proceso penal ordinario por delitos más graves la fase preparatoria de instrucción tiene por finalidad no sólo preparar el juicio oral, única que le asigna el art. 299, LECrim., sino también, como dice Pastor López,⁵ «la de evitar procesos innecesarios comprobando mediante un examen de los datos obtenidos en el procedimiento instructorio, si la noticia del delito ha quedado confirmada y se cuenta con elementos suficientes para iniciar el juicio decisorio, o si, por el contrario, se carece de fundamento bastante para ello». Cuando tras la realización de las investigaciones sumariales no resulten méritos suficientes para ejercitar la acusación, se dictará un auto de sobreseimiento que suspenderá o pondrá fin al proceso penal (arts. 634 a 635 LECrim.). Por otro lado, una vez ejercitada la acusación, puede producirse la terminación anticipada del proceso penal por sobreseimiento si concurren las excepciones de cosa juzgada, amnistía, indulto o prescripción del delito (art. 675 LECrim.).

En segundo lugar, presupuesto de la apertura del juicio oral es que pueda realizarse de forma efectiva el principio de contradicción que se concreta en la exigencia de la presencia física del acusado a lo largo del juicio,⁶ por lo que se dictará el archivo de las actuaciones en caso de demencia sobrevenida del procesado (art. 383 LECrim.) y en caso de rebeldía del acusado (arts. 840 y 841 LECrim.).⁷

2. No obstante, el sobreseimiento, institución tradicional y hasta hace poco exclusiva del proceso penal, ha sido incorporada al proceso civil por la ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁸

Hoy dos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren al sobreseimiento.⁹ El art. 691, III, que al regular la comparecencia en

5. PASTOR LÓPEZ, *El sumario: Su función y naturaleza jurídica*, en *R.D.Proc.*, 1961, p. 80.

6. MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, I, *op. cit.*, p. 386.

7. La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla otras causas de suspensión del proceso penal cuya duración es previsible. *Vid.*, en este sentido, GÓMEZ COLOMER, *Paralización del procedimiento*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVIII, pp. 848 y ss.

8. Con anterioridad el sobreseimiento ya apareció mencionado en el anteproyecto de Bases para un Código procesal civil de 1966.

9. El término sobreseimiento se emplea también en el art. 38, III, de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, y en los arts. 10, 13 y 19 de la Ley

el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, dispone que: «si no concurriere a la comparecencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar, y el juez, sin más trámite, dictará auto de sobreseimiento del proceso ordenando el archivo de los autos»; y el art. 693, IV, que prevé que, si en la misma comparecencia se pusiera de manifiesto la existencia de un defecto o falta insubsanable, o si siendo subsanable no se corrigiera en el plazo concedido para ello, «se dictará auto de sobreseimiento del proceso ordenando el archivo del mismo con imposición de costas».¹⁰

3. Volviendo a la regulación del sobreseimiento en el proceso penal, esta institución ya se contemplaba en la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, como resolución que podía dictar el Tribunal competente para conocer del juicio oral, bien como alternativa a la decisión de apertura del juicio (arts. 549 a 560), bien una vez abierto el juicio oral y como consecuencia de la estimación de algunos de los artículos de previo pronunciamiento que las partes podían proponer antes de realizar los escritos de calificaciones provisionales (art. 591).

La Ley provisional de 1872 fue seguida por la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal, formada según autorización concedida por la ley de 30 de diciembre de 1879. Su más importante novedad estriba en hacer desaparecer la separación orgánica entre la instrucción y el fallo de las causas, en consecuencia concede la decisión entre abrir el juicio oral o dictar auto de sobreseimiento al mismo juez que conoció del sumario, si bien, para que el auto de sobreseimiento fuera ejecutorio debía ser aprobado por la Audiencia (art. 812).

Tras la Compilación General de 1879, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aún vigente, vuelve al sistema instaurado por la Ley

provisional de 1872, pues en la regulación del proceso ordinario por delitos otorga a órganos judiciales distintos el conocimiento de las fases de instrucción y juicio oral, y atribuye al órgano judicial que debe conocer del juicio oral la competencia para dictar, en su caso, auto de sobreseimiento, bien como alternativa a la apertura del juicio (arts. 634 a 645), bien como consecuencia de la estimación de alguno de los artículos de previo pronunciamiento a proponer por las partes una vez decretada la apertura del juicio (arts. 675 y 677, II).

Junto a esta regulación del sobreseimiento, la Ley 3/1967, de 8 de abril, que modificó diversos artículos del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes, crean otros procesos penales ordinarios, y en ellos se observan especialidades en el tema del sobreseimiento.

4. La importancia de la institución del sobreseimiento se refleja en las estadísticas, que evidencian que un elevado número de asuntos desembocan en un auto de sobreseimiento.

En 1986, y tomando como referencia los sumarios ordinarios y los especiales del libro IV de la LECrim. (excepto el Título III), frente a los 2.907 asuntos para los que se decretó la apertura del juicio oral, 2.457 fueron sobreseídos, de ellos 1.852 en aplicación de las causas de sobreseimiento n.º 1 y 2 del art. 637 y n.º 1 del art. 641, LECrim., y 605 por la vía del n.º 3 del art. 637 y n.º 2 del art. 641 LECrim.¹¹

El elevado número de sobreseimientos se justifica, como indica Pastor López,¹² «porque el Juez de Instrucción debe proceder por imperativo de su deber legal a iniciar y proseguir el procedimiento sumarial para examinar y comprobar debidamente, o desvirtuar en otro caso, toda noticia con simple apariencia delictiva, aun cuando no haya muchas probabilidades de que se confirme la sospecha que haya llegado a su conocimiento».

II. CONCEPTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE

El sobreseimiento libre puede ser definido como el auto por el que se produce la terminación anticipada del proceso penal, por todos o

11. Estas cifras han sido extraídas de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1987, y proporción similar puede observarse en años anteriores. Sin embargo, esta estadística no permite determinar el número de casos de sobreseimiento libre que se produjeron en el año 1986.

12. PASTOR LÓPEZ, *El sumario: su función...*, op. cit., p. 77.

de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, como modo de terminación del procedimiento.

10. Las opiniones doctrinales sobre el significado que debe darse al sobreseimiento en el proceso civil no son unánimes. Vid. ALMAGRO NOSETE, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dirigidos por Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 571 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *La ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la ley de 6 de agosto de 1984*, Madrid, 1985, pp. 257 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, vol. I, op. cit., p. 694; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho procesal*, II, 2.ª ed., op. cit., p. 381, y GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, Apéndice a la reforma del proceso civil por Ley de 6 de agosto de 1984, Madrid, 1985, p. 19.

parte de los hechos contenidos en el sumario, y para todos o parte de los procesados, por no poder ejercitarse la acusación o porque, aun pudiendo ejercitarse ésta, el delito no puede ser penado.

En la anterior definición quedan comprendidas:

1.ª Las clases de sobreseimiento libre en atención a sus efectos: total cuando afecte a todos los hechos contenidos en el sumario y a todos los procesados en el mismo, y parcial, cuando afecte sólo a alguno o algunos de ellos.¹³

2.ª Los momentos en que el sobreseimiento libre puede dictarse: bien como alternativa a la apertura del juicio oral, si el Ministerio Fiscal y las restantes partes acusadoras no mantienen la acción penal porque no van a poder ejercitar la acusación (art. 637, LECrim.); bien una vez abierto el juicio oral y antes de realizar el respectivo escrito de calificaciones provisionales, cuando no obstante ser probable la comisión del hecho delictivo y la participación en el mismo de alguna persona, en la sentencia no pueda imponerse una pena al procesado por concurrir un obstáculo procedimental o de fondo (art. 666, n.º 2, 3, 4 y 5, LECrim.).

3.ª Las causas que pueden dar lugar al sobreseimiento libre, y que pueden ser tanto procedimentales como de fondo.

a) Las razones de fondo que el legislador ha regulado como causa de sobreseimiento libre son las siguientes: que tras las investigaciones sumariales no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa (art. 637, 1.º, LECrim.); que el hecho no sea constitutivo de delito (art. 637, 2.º y 3.º, LECrim.) y que el hecho, aun siendo delictivo, no pueda ser penado (art. 666, 2.º, 3.º y 4.º, LECrim.).

b) Por razones procedimentales se dictará auto de sobreseimiento: si el hecho, aun no siendo constitutivo de delito, constituye una falta (art. 637, 2.º, LECrim.), o si ha sido denegada la autorización para procesar a un diputado o senador (art. 666, 5.º, y 677, LECrim.).

Por encima de las distintas causas de sobreseimiento, y de los diversos momentos en que éste puede dictarse, nota común a todo sobreseimiento libre es producir la terminación —total o parcial— del proceso.

13. En este sentido, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, Madrid, 1913, p. 540.

No obstante, como ya se habrá observado, existe una causa de sobreseimiento libre que no es tal, en cuanto que su apreciación no va a dar lugar a la terminación del proceso: se trata del caso en que la infracción penal no sea constitutiva de delito sino de falta (art. 637, 2.º, y 639, LECrim.).

El sobreseimiento libre que se funde en que la infracción penal no es constitutiva de delito sino de falta, no tiene como presupuesto la inexistencia de un derecho a penar y es por ello que no produce ni la terminación ni la suspensión del proceso, sino sólo un cambio de procedimiento, y en consecuencia no le son aplicables los efectos que para las distintas causas de sobreseimiento prevén los arts. 63 y siguientes, LECrim.

Nuestro estudio se va a limitar al sobreseimiento libre que se dicte como alternativa a la apertura del juicio oral.

III. FUNDAMENTO DEL SOBRESEIMIENTO LIBRE QUE SE DICTE COMO ALTERNATIVA A LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

El primer momento en que aparece regulado el sobreseimiento libre en el proceso penal ordinario por delitos más graves es tras la conclusión del sumario, como alternativa a la apertura del juicio oral, durante la llamada, doctrinalmente, fase intermedia.¹⁴

Es el art. 367, LECrim., el que, al establecer los motivos por los que puede dictarse un auto de sobreseimiento libre, nos indica su fundamento, que consiste en poner fin anticipadamente a procesos penales por inexistencia de la acción.

El fundamento del sobreseimiento libre que se adopte como alternativa a la apertura del juicio oral es, por tanto, evitar la pendencia indefinida de los procesos penales respecto de los que no puede abrirse el juicio oral porque en los mismos no puede ejercitarse la acusación.¹⁵

Los motivos que dan lugar a este sobreseimiento serán analizados

14. La extensión de la fase intermedia es un tema discutido por la doctrina; sin embargo, los distintos autores admiten que en la misma queda comprendida la decisión sobre la apertura del juicio oral. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987, pp. 225 y 226; ARAGONESSES, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1986, p. 414; PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987, p. 312, y FENECH, *Derecho procesal penal*, II, 3.ª ed., 1960, p. 873.

15. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), op. cit., pp. 228 y 229, y FENECH, *Derecho procesal penal*, II, op. cit., pp. 873 y 874.

más adelante, pero interesa ahora destacar que el sumario que desemboque en un sobreseimiento libre habrá cumplido su función del mismo modo que aquel que dé lugar a que se dicte un auto de apertura del juicio oral, pues si bien el art. 299, LECrim., asigna al sumario como único fin el de «preparar el juicio», y en el mismo sentido puede verse su Exposición de Motivos, como ha puesto de manifiesto la doctrina no puede desconocerse la función de filtro, de evitación de procesos penales innecesarios, que desempeña el sumario.¹⁶

IV. PRINCIPIOS QUE LO RIGEN

1.º Principio acusatorio formal

El principio acusatorio formal, ausente durante el período de instrucción, que como se sabe puede incoarse de oficio (art. 106, 303, 318 y 638, III, LECrim.), aparece, en una de sus manifestaciones, en el momento en que se debe decidir entre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, al obligar al tribunal a dictar auto de sobreseimiento si ningún acusador mantiene la acción, o en otras palabras, condicionando la resolución judicial de apertura del juicio a la petición de, al menos, una de las partes acusadoras.

La vigencia del principio acusatorio formal en el proceso ordinario por delitos graves se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como garantía de imparcialidad del órgano judicial,¹⁷ y quizá para salvaguardar esta imparcialidad las facul-

16. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, *op. cit.*, pp. 199 y 200; SERRA DOMÍNGUEZ, *La instrucción penal y civil, el sumario, en Estudios...*, *op. cit.*, pp. 721 y ss.

17. En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se dispone que: «... para mantener al tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa el nuevo código, ha creído el que suscribe que únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular, si le hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates, siguiendo en esto al Código de instrucción criminal austriaco... Así es como se logra que la cuestión criminal que en el proceso se agita o discute vaya intacta al tribunal a quien corresponde decidirla; así es como las partes pueden preparar con perfecto conocimiento de causa los respectivos elementos de cargo y descargo, y hacer sus acusaciones o defensas con fe y libertad completa; sin la coacción, siquiera sea moral, que no puede menos de existir cuando el que ha de fallar prejuzga en cierto modo el fallo, formulando de oficio el acta de acusación.»

tades que en ese momento se le otorgan al tribunal, previstas en los arts. 642, 644 y 645, LECrim., son muy limitadas.

Los arts. 642 y 644, LECrim., permiten que el Tribunal que quiera desvincularse de la petición de sobreseimiento realizada por el Fiscal, haga saber tal solicitud a los «interesados en el ejercicio de la acción penal» (art. 642, LECrim.), y al Fiscal superior de aquel que pidió el sobreseimiento (art. 644, LECrim.), para que decidan si procede ejercitar la acusación. Estas disposiciones no hacen más que confirmar la vigencia del principio acusatorio, porque si no se presenta ningún «interesado» a mantener la acción penal, o el Fiscal considera procedente la petición de sobreseimiento solicitada por su inferior, el tribunal no podrá abrir el juicio oral.

El art. 645, I, LECrim., por su parte, concede al tribunal la facultad de dictar auto de sobreseimiento libre por no ser los hechos objeto del proceso constitutivos de delito, aun cuando todos o alguno de los acusadores mantengan la acción; lo que no contradice el principio acusatorio, que si bien impide al tribunal abrir el juicio oral contra el parecer de las partes, no excluye que el órgano judicial decrete el sobreseimiento libre cuando sea indudable la improcedencia de abrir el juicio oral, pues a él le corresponde denegar la acción independientemente de la voluntad de las partes.¹⁸ No obstante, esta facultad del tribunal se halla limitada por el art. 645, LECrim., al caso de que estime que concurre la causa de sobreseimiento libre del artículo 637, 2.º, LECrim. (confr. arts. 789, primera, y 791, tercera, LECrim.).

2.º Principio de necesidad

La vigencia del principio de legalidad en el momento de decidir entre el sobreseimiento libre o la apertura del juicio oral puede apoyarse en un doble fundamento.

En primer lugar, el sobreseimiento libre sólo puede solicitarse por alguna de las causas contenidas en el art. 637, que excluye la discrecionalidad en la persecución penal de los delitos; de modo que si el

»Por tanto, si llegado el momento de solicitar la prosecución del juicio oral para poder formular la acusación las partes no lo hacen, el tribunal debe dictar el sobreseimiento.»

18. En contra GÓMEZ ORBANEJA, para quien el principio acusatorio en su aspecto positivo significa que habiendo actor ha de haber juicio, *Derecho procesal penal, op. cit.*, p. 121.

sobreseimiento libre se basara en razones de oportunidad, como observa Gómez Orbaneja,¹⁹ «tendría que hacerlo subrepticamente disfrazándolos o falseándolos bajo alguna de las causas por las que conforme a la ley procede el sobreseimiento».

En segundo lugar, si bien podría pensarse que las partes acusadoras pueden disponer de la apertura del juicio oral, en cuanto que su solicitud, sea de sobreseimiento libre o de apertura del juicio oral, vincula al tribunal —sin más excepción legal que la prevista en el artículo 645, I, LECrim.—, esta apariencia queda desvirtuada por las dos consideraciones siguientes: *Primera*, la intervención del Ministerio Fiscal, verdadero destinatario del art. 637, LECrim.,²⁰ impide que los particulares dispongan del proceso mediante una solicitud infundada de sobreseimiento libre, ya que el Ministerio Fiscal tiene el deber de pedir la apertura del juicio oral cuando se den los presupuestos para ejercitar la acusación; y es más, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1887, impuso a los Fiscales la obligación de pedir la apertura del juicio oral cuando existiera duda sobre la efectiva concurrencia de los motivos de sobreseimiento. *Segunda*, los arts. 642 a 644, LECrim., conceden al tribunal que quiera desvincularse de la petición de sobreseimiento realizada por el Ministerio Fiscal diversas facultades tendentes a conseguir que un particular o el fiscal superior del interviniente en el proceso mantengan la acción, y de este modo poder abrir el juicio oral.²¹

V. SUJETOS INTERVINIENTES: ÓRGANO JUDICIAL Y PARTES

El órgano judicial que debe dictar la resolución de sobreseimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, es aquel al que le

19. *Id.*, p. 527.

20. *Ibid.*, p. 203.

21. Observa GIMENO SENDRA que la oportunidad política, como motivo de sobreseimiento, fue introducida por la legislación antiterrorista, para la que «la actividad colaboradora de los particulares que, no obstante haber participado en la comisión de alguno de los delitos comprendidos en la mencionada legislación especial, los denunciara o contribuyera a su represión, era reputada como una excusa absolutoria que, apreciada por el Instructor había de originar el correspondiente auto de sobreseimiento libre por inexistencia de responsabilidad penal del procesado beneficiado de la misma». Cita en este sentido: art. 10 de la ley de 4 de marzo de 1940 sobre la represión de la masonería y comunismo; art. 60 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941; art. 8 del decreto de 18 de abril de 1947 sobre bandidaje y terrorismo, y art. 5 del decreto de 27 de agosto de 1975, en *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 197 y 198.

correspondería, de celebrarse, el conocimiento del juicio oral, ya que el juez instructor pierde la competencia sobre el proceso una vez ha dictado auto de conclusión del sumario (art. 622, I, LECrim.).

Dejando aparte el tema de que el órgano judicial competente para dictar el fallo deba tener conocimiento de las actuaciones sumariales antes de la apertura del juicio oral para, a la vista de las mismas, confirmar el auto de conclusión del sumario o disponer la práctica de nuevas diligencias, es lo cierto que el principio acusatorio no se desvirtuaría porque la resolución de sobreseimiento libre se hubiera atribuido al juez instructor, y ello porque el órgano judicial se encuentra vinculado por las peticiones de las partes acusadoras, tanto para abrir el juicio oral como para dictar auto de sobreseimiento libre —con la única excepción prevista en el art. 645, I, LECrim.

En cuanto a las partes a quienes corresponde solicitar la apertura del juicio oral, o, en su caso, el sobreseimiento, son únicamente las partes acusadoras, según se desprende del art. 627, IV, LECrim., que no concede audiencia en este trámite a los procesados..

La no participación del procesado en los actos tendentes a confirmar o revocar el auto de conclusión del sumario y abrir el juicio oral, o sobreseer, ha sido criticada por la doctrina,²² y responde a razones distintas.

Lo que impedía que el procesado manifestase su conformidad o disconformidad con el auto de conclusión del sumario dictado por el juez de instrucción era el carácter secreto que el sumario tenía para él (art. 302, LECrim., en su redacción originaria), y que quedaba desvirtuado, como indicaba Fenech,²³ si se le instruía sobre el mismo y luego se decretaba la revocación del auto de terminación del sumario para la práctica de nuevas diligencias. El mismo argumento justificaba que tampoco se diera intervención al responsable civil.

Tras la reforma del art. 302, LECrim., por la Ley 35/1978, de 4 de diciembre, el sumario pasa a ser público para todas las partes personadas, y a partir de ese momento puede afirmarse que la no intervención del procesado, y del responsable civil, en el momento de decidir sobre la confirmación o revocación del auto de conclusión del suma-

22. *Vid.*, en este sentido, FENECH, *Derecho procesal penal*, II, *op. cit.*, p. 989, y PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid, 1987, p. 309.

23. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, *op. cit.*, p. 989. También AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, *op. cit.*, p. 521.

rio deja de estar justificada y supone una clara infracción del principio de igualdad de las partes en el proceso.

En cambio, la no intervención de los procesados en la decisión sobre la procedencia de abrir el juicio oral o sobreseer no se fundaba en el carácter secreto que el sumario tenía para los procesados, sino que puede justificarse por dos órdenes de razones. *Primera*, la regulación legal de este trámite, en el que el órgano judicial tiene obligación de abrir el juicio oral si algún acusador mantiene la acción, con la única excepción —en principio— prevista en el art. 645, 1, LECrim.; no obstante, podría pensarse en regular la intervención del procesado, con el fin de que pueda alegar la concurrencia del motivo 2.º del art. 637, LECrim., que sí puede ser apreciada de oficio por la Audiencia Provincial. *Segunda*, como han puesto de manifiesto las Ss. TS de 16 de abril de 1979 (RA 1639) y 5 de noviembre de 1979 (RA 3814), no es necesaria la audiencia del procesado en este trámite, en cuanto que en él no se pueden adoptar decisiones que le perjudiquen.

Centrándonos en la intervención de las partes acusadoras, cabe observar que el art. 637, LECrim., prevé que sean el Ministerio fiscal y el querellante quienes soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, y en el mismo sentido los arts. 642, 644 y 645, LECrim., que sólo difieren del anterior por hablar de querellante particular.

El primer problema a resolver es qué entiende el legislador por querellante o querellante particular.

Es indudable que en el término querellante se comprende al acusador que presentó un escrito de querrela que supuso la incoación del proceso penal. Pero, además, la LECrim. permite que una vez incoado el sumario otras personas, ofendidas o no por el delito, puedan personarse como partes acusadoras antes del trámite de calificación provisional, y la forma de hacerlo es mediante un escrito de querrela (art. 2 RD-Ley de 13 de junio de 1927 y art. 783, II, LECrim., *a sensu contrario*).²⁴ Estos acusadores que ejercitaron su acción, después de

24. El art. 2, ap. 1, del RD-Ley de 13 de junio de 1927 (Gaceta del 14), dispuso: «A tal efecto, cuantos pretendan ser admitidos como parte en un sumario, sea como ofendidos o perjudicados por un delito o ejercitando la acción pública, no se limitarán a hacer la manifestación de que desean ser parte, sino que expresarán categóricamente cuál es la acción que ejercitan y la ejercerán en forma de querrela, exigiéndose en el escrito de personación los mismos requisitos que para la querrela exige el art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo el 6.º en la parte referente a la petición de admisión de querrela, la cual será sustituida por la de admisión como parte acusadora en el concepto concreto que manifieste el solicitante en relación con la acción ejercitada».

incoado el sumario, mediante un escrito en forma de querrela, también deben quedar comprendidos en el término querellante.

Por tanto, el legislador, al hablar de querellante (art. 627, LECrim.) o de querellante particular (arts. 642, 644 y 645, LECrim.), se está refiriendo a todos los acusadores, ofendidos o no por el delito, hayan iniciado el proceso penal mediante la interposición de una querrela, o se hayan personado con posterioridad en él.²⁵ La razón es que todos los acusadores, hayan incoado el proceso o intervengan en un proceso ya iniciado, han ejercitado su acción, tienen derecho a acusar, y deben ser oídos sobre si mantienen o no la acción ejercitada.

No debe concederse audiencia a los actores civiles para que manifiesten su posición sobre la procedencia de sobreseer o abrir el juicio oral, y ello en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, de la lectura de los artículos en que la LECrim. regula la intervención de los actores civiles en el procedimiento, se deduce que el legislador sólo ha previsto su participación en las cuestiones relacionadas con la pretensión civil que ejercitan (art. 320, LECrim.), por tanto, en la decisión entre mantener el juicio oral o sobreseer no debe concederse audiencia al actor civil. Pero, en segundo lugar, la petición que el actor civil pudiese realizar sobre tales extremos sería irrelevante si solicita el sobreseimiento, porque el tribunal no podrá acogerlo si alguna de las partes acusadoras mantiene la acción (art. 645, LECrim.); y si pide la apertura del juicio oral porque manteniendo los acusadores la petición de sobreseimiento el tribunal deberá dictar auto de sobreseimiento, ya que el juicio oral no puede abrirse teniendo como único objeto la pretensión civil.

No obstante, no debe olvidarse que el actor civil puede convertirse en acusador ejercitando, junto a la acción civil, la acción penal (art. 110, LECrim.), por lo que nada impide que cuando manifieste su posición sobre la confirmación o revocación del auto de conclusión del sumario ejercite la acción penal y pida la apertura del juicio oral; * e incluso puede que el juicio oral se abra a instancia del actor civil que ejercite la acción penal antes de dictado auto de sobreseimiento.

25. *Vid.*, en este sentido, FENECH, *Derecho procesal penal*, I, Ed. Labor, 1960, p. 320, y GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, *op. cit.*, p. 609.

En realidad, como han puesto de manifiesto PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, hasta el momento de las calificaciones se habla de acusador con un sentido de anticipación, *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 115.

26. También AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, *op. cit.*, p. 521.

En cuanto a los efectos que para los acusadores tiene la solicitud de sobreseimiento libre, es preciso distinguir entre el Ministerio Fiscal y los restantes acusadores.

Cuando el Fiscal solicite que se dicte un auto de sobreseimiento libre (art. 637, LECrim.) y el tribunal decreta la apertura del juicio oral, el Ministerio Fiscal seguirá interviniendo en el proceso, pudiendo ser su postura la de oposición a la petición de condena de los acusadores; en este sentido, el art. 3, núm. 4, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, establece que corresponde al Ministerio Fiscal «ejercitar las acciones penales dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda»; y ya la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1887 (Gaceta del 11) disputo en su regla tercera que «cuando solicitado por el Ministerio Público el sobreseimiento se hubiere abierto el juicio a instancia del acusador privado, los Fiscales formularán sus conclusiones en el sentido que estimen justo, sin perjuicio del derecho que les concede el art. 732 de la Ley referida».

Por tanto, como observa Gómez Orbaneja,²⁷ «el Ministerio Fiscal, aun habiendo solicitado el sobreseimiento y concluido provisionalmente en sentido absolutorio en el juicio abierto a instancia del acusador particular, conserva tanto el derecho como el deber de modificar sus conclusiones en el sentido de la condena si estima ésta procedente por lo que resulte del juicio».

No obstante, si el Fiscal solicitó el sobreseimiento libre, y el tribunal decretó la apertura del juicio oral porque el superior jerárquico de aquél consideró procedente el mantenimiento de la acción (art. 644, LECrim.), los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que rigen la actuación del Ministerio Fiscal (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), exigen que el Fiscal redacte sus calificaciones provisionales en sentido acusatorio.

Distintos son los efectos que la apertura del juicio oral tiene para las otras partes acusadoras que solicitaron el sobreseimiento libre.

La Exposición de Motivos del RD-ley de 13 de junio de 1927, que dictó normas para el ejercicio de las acciones penales, ponía de manifiesto que tras la publicación de la ley de Enjuiciamiento Criminal se habían suscitado «casos en que quienes habían comparecido en un sumario como partes acusadoras formularon conclusiones tanto pro-

visionales como definitivas absolutorias y actuaron desde los bancos de la acusación como defensores del reo; y los tribunales ante los cuales tal anormalidad se producía la consintieron sin duda por no encontrar en la ley procesal penal precepto alguno que expresamente la prohiba...».

Para frenar tales prácticas y cubrir el vacío legal, el artículo 3 del RD-ley de 13 de junio de 1927 dispuso que: «los que ejerciten acciones penales podrán en el acto de la vista previa a que se refiere el artículo 632 de la Ley, pedir el sobreseimiento de la causa, y el tribunal ante quien formulen tal petición, al dictar la resolución procedente, les tendrá expresamente por desistidos del ejercicio de sus acciones penales aun en el caso de que no se acceda al sobreseimiento por ellos solicitado: el desistimiento así declarado será definitivo cuando la petición de la parte acusadora a que aquél se refiera hubiera sido de sobreseimiento libre y cuando siendo de sobreseimiento provisional, se deniegue; pero si la causa vuelve a ser abierta, podrá el interesado volver a pedir ser parte en la misma y ser admitido como tal».

El RD-ley de 13 de junio de 1927 fue derogado por el artículo 1 del D de 31 de mayo de 1931, que derogó asimismo otros Reales decretos-leyes, Reales decretos y Reales órdenes, dictadas, sobre asuntos de la competencia del Ministerio de Justicia por el Directorio Militar y la Dictadura civiles desde el 13 de septiembre de 1923 hasta el 13 de abril de 1931.

En la actualidad, la petición de sobreseimiento libre debe entenderse como un abandono del proceso por parte del acusador. La petición de sobreseimiento libre equivale, por tanto, al desistimiento del acusador, por lo que abierto el juicio oral no debe dársele traslado para calificación,²⁸ salvo que solicitara el sobreseimiento libre sólo de determinados hechos o respecto de algunos procesados.

VI. MOTIVOS DE SOBRESEIMIENTO LIBRE

Es el artículo 637, LECrim., el que establece las causas en las que las partes acusadoras pueden basar su petición de sobreseimiento libre.

27. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, *op. cit.*, p. 224.

28. MUÑOZ ROJAS considera la petición de sobreseimiento libre como un caso de renuncia a la acción penal. *En torno al acusador particular en el proceso penal español*, en *R. D. Proc.*, 1973, pp. 130 y 131. En contra, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, *op. cit.*, II, p. 223.

Tres causas de sobreseimiento libre se contemplan en el artículo 637, LECrim., que, como señala la S TS de 5 de noviembre de 1979 (RA 3814), dan lugar al sobreseimiento libre por falta del elemento fáctico (art. 637, 1.º, LECrim.), del elemento jurídico (art. 637, 2.º, LECrim.), o del elemento personal (art. 637, 3.º, LECrim.), del juicio oral. A continuación las exponemos por separado.

A) *Artículo 637, 1.º, LECrim.* Procederá el sobreseimiento libre: «cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa».

La comprensión de esta causa de sobreseimiento exige determinar qué debe entenderse por «no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho», y para ello hay que empezar por referirse a los antecedentes de este motivo de sobreseimiento libre.

El artículo 555, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, y el artículo 803, 1.º, de la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal de 30 de diciembre de 1878, disponían que procedería el sobreseimiento libre: «cuando no resultare justificado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa». La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 modificó el tenor del citado motivo en la forma que hemos visto, a la vez que introdujo una nueva causa de sobreseimiento provisional, la prevista en el artículo 641, 1.º, LECrim., a cuyo tenor procederá el sobreseimiento provisional «cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa»; con ello, como indica la S TC 34/1983, de 6 de mayo, se pretendió dar solución adecuada en el texto vigente «a aquellos supuestos en que existiendo indicios racionales de haberse perpetrado el hecho criminoso faltara, sin embargo, prueba suficiente para mantener la acusación».

La distinción entre el motivo de sobreseimiento libre del artículo 637, 1.º, LECrim., y el sobreseimiento provisional del artículo 641, 1.º, LECrim., aparece, en consecuencia, clara. Procederá el sobreseimiento libre cuando de las investigaciones sumariales no pueda inferirse la comisión del hecho con apariencia de delito, lo cual, como pone de manifiesto Aguilera²⁹ «no quiere decir... que no se haya cometido el delito, sino que no existen indicios de que se haya cometido»; en cam-

29. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, op. cit., p. 567.

bio, cuando existan dudas sobre su perpetración, de tal forma que las partes acusadoras estimen posible la comisión del hecho delictivo, pero consideren que no va a ser posible su prueba en juicio, procederá el sobreseimiento provisional.³⁰

No obstante, la regla primera de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1887 (Gaceta del 11), dispuso, entre otras normas a observar por los Fiscales, que estos «solicitaran el sobreseimiento con arreglo a los números 1.º (y 2.º) del artículo 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...», olvidando que no deberá pedirse la apertura del juicio oral sino el sobreseimiento provisional cuando aun existiendo indicios racionales de haberse perpetrado el hecho, éste no aparezca debidamente justificado (art. 641, 1.º, LECrim.).

Siguiendo con el análisis del art. 637, 1.º, LECrim., se observa que la petición de sobreseimiento libre por inexistencia de «indicios racionales de haberse perpetrado el hecho», está referido al «hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa», lo que no es totalmente exacto.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra la vigencia en el proceso penal del principio de investigación oficial, una de cuyas manifestaciones es que el juez instructor carece de límites temáticos en la investigación, que no se halla acotada por el objeto de la acusación. En consecuencia, si en las investigaciones sumariales aparecen nuevos hechos delictivos, y son conexos a los que dieron lugar a la incoación del sumario, la instrucción seguirá para todos (art. 300, LECrim.) y las partes acusadoras deberán pronunciarse en la fase intermedia sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de todos los hechos con apariencia delictiva investigados durante la instrucción y que sean acumulables.

Es, por tanto, posible que aun cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la incoación de sumario pueda abrirse el juicio oral respecto de otros hechos acumulables a los anteriores que hubieren sido investigados durante la instrucción.

30. En el mismo sentido, vid. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, op. cit., p. 883, y PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, op. cit., pp. 313 y 315.

B) *Art. 637, 2.º LECrim.* Procederá el sobreseimiento libre «cuando el hecho no sea constitutivo de delito».

Este motivo de sobreseimiento tiene como antecedentes inmediatos el art. 555, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, y el art. 803, 2.º, de la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal de 30 de diciembre de 1878, de los que el art. 637, 2.º LECrim., es reproducción casi literal.

El art. 637, 2.º LECrim., al establecer como causa de sobreseimiento libre que «el hecho no sea constitutivo de delito», se corresponde con los arts. 269 y 313, LECrim., que establecen como presupuesto para que la denuncia tenga la virtualidad de incoar un sumario, y la querella sea «estimada», que los hechos en que se funden revistan los caracteres de delito. Y su aplicación supone que, tras iniciarse el proceso penal en base a un hecho con apariencia delictiva, la práctica de las investigaciones sumariales pone de manifiesto que ese hecho no es delito.

La comprensión de este motivo de sobreseimiento libre pasa por determinar a qué se refiere la ley de enjuiciamiento criminal cuando requiere que el hecho «sea constitutivo de delito».

Las posturas en torno al significado de esta expresión en los arts. 269 y 313, LECrim., distan de ser unánimes en la doctrina penal. Mientras López Rey³¹ afirma que la incoación del proceso penal tendrá lugar siempre que llegue a conocimiento del órgano judicial la noticia de un hecho con apariencia de delito, por coincidir *prima facie* con la descripción de una antijuridicidad contenida en un artículo del código penal, y Sainz Cantero³² considera que la realización del tipo penal es el punto de partida para la iniciación del sumario —evitando entrar en el tema de si el juez está obligado a incoar el sumario cuando existen causas de justificación evidentes—, otros autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón,³³ niegan que se pueda atribuir al tipo de injusto eficacia procesal alguna y, en base al art. 308, LECrim., afirman que para que tenga lugar la formación del sumario no basta el conocimiento de la mera realización de un tipo de injusto, por lo que si la conducta se halla justificada de manera evidente, no deberá incoarse el sumario.

31. LÓPEZ REY, *El valor procesal de la llamada tipicidad*, Madrid, 1934, pp. 26 y ss.

32. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, II, Barcelona, 1982, p. 300.

33. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*. Parte General, Valencia, 1984, p. 271.

Resulta indiscutible que las causas de inimputabilidad, la ausencia de formas de culpabilidad y las causas de inexigibilidad de otra conducta que aparezcan en la denuncia o en la querella no impedirán la incoación del sumario, y el argumento pasamos a exponerlo a continuación.

Aun cuando en la querella se deba indicar la persona contra la que la misma se dirige (art. 277, 3.º LECrim.), y en la denuncia pueda hacerse constar la persona del denunciado, lo que determina la iniciación del proceso penal son unos hechos aparentemente delictivos de los que se acusa a un mayor de 16 años, pero el proceso sólo se dirigirá contra una persona a partir del procesamiento;³⁴ en consecuencia, si la ausencia de formas de culpabilidad, o las causas de inimputabilidad, o de inexigibilidad de otra conducta hacen referencia a circunstancias del sujeto contra el que se dirige el proceso penal, es claro que no podrán atenderse en el momento de la incoación del sumario, en que sólo pueden tenerse en cuenta los hechos.

En cambio, la duda se plantea, como hemos visto, cuando en la denuncia o en la querella aparecen causas de justificación evidentes. La razón es sencilla, y debe explicarse teniendo en cuenta las dos posturas que existen en la doctrina penal sobre la naturaleza jurídica de la antijuridicidad. Mientras para unos tiene naturaleza objetiva, de tal modo que «la antijuridicidad resulta de un juicio formulado sobre la conducta, para cuya formulación no interesan ni los elementos anímicos ni los datos personales del sujeto»,³⁵ y en consecuencia las causas de justificación pueden impedir el inicio del proceso; para quienes, adoptando una postura subjetiva «del juicio de valoración que la antijuridicidad supone no es posible radicar los elementos internos y personales del sujeto»,³⁶ sería imposible atribuir eficacia en el inicio del proceso penal a las causas de justificación, ya que antes del procesamiento no pueden tomarse en consideración los elementos subjetivos.³⁷

En la doctrina procesal, Gómez Orbaneja³⁸ mantiene que para la

34. *Vid.*, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, *op. cit.*, p. 199.

35. SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 327 y ss.

36. *Id.*

37. La mayoría de los penalistas españoles admiten la existencia de los elementos subjetivos del injusto o de la antijuridicidad. *Vid.* CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*. Parte General, I, Madrid, 1985, p. 336.

38. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Barcelona, 1947, pp. 36 y 37.

admisión de la querrela basta la mera coincidencia de los hechos señalados con el tipo objetivo de la ley penal.³⁹

Que en el art. 637, 2.º, LECrim., se comprende sólo la tipicidad, se confirma en base a los dos argumentos siguientes.

El primer argumento lo constituye la misma dicción del art. 637, 3.º, LECrim., que establece como causa de sobreseimiento libre que «aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores», lo que pone de manifiesto claramente la distinción entre sobreseimiento por falta de tipicidad (art. 637, 2.º, LECrim.), y sobreseimiento por causas de exención de la responsabilidad criminal del procesado (art. 637, 3.º, LECrim.), incluyéndose en este último las causas de inimputabilidad (art. 8, n.º 1, 2 y 3 CP), las causas de justificación (art. 8, n.º 11, 7 y 4 CP), la ausencia de formas de culpabilidad (art. 8, n.º 8 y art. 6 bis CP), y las causas de inexigibilidad de otra conducta (art. 8, n.º 7, 9, 10 y 11 CP).

El segundo argumento se deduce de los efectos que el art. 638, II y III, LECrim., atribuyen al sobreseimiento que se base en este motivo, y que consisten en la posibilidad de que se reserve al procesado el derecho de perseguir al querellante como calumniador (art. 638, II), y en que el tribunal pueda perseguir al querellante por los delitos de acusación o denuncia falsa (art. 638, III). Para perseguir a un denunciante o querellante por los delitos de calumnia, acusación o denuncia falsas, es requisito legal imputar falsamente a una persona hechos que, si fueran ciertos, constituirían delito —o incluso falta en los delitos de acusación o denuncia falsa— de los que dan lugar a un procedimiento de oficio (arts. 325 y 453 CP). Y esto significa que, no obstante el art. 640 LECrim., si fue cometido el acto típico no podrá ser perseguido el acusador o denunciador, aun cuando se dicte auto de sobreseimiento libre por concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad del art. 8 CP.

En conclusión, en el art. 637, 2.º, LECrim., se contempla el supuesto de que tras la práctica de las investigaciones sumariales se descubra que el hecho aparentemente delictivo que dio origen a la incoación del sumario no es típico. En estos casos de sobreseimiento —al igual que

en los que se dicten en base al art. 637, 1.º, LECrim.— lo normal será que el juez instructor dicte auto de conclusión del sumario sin procesar a persona alguna, porque para que pueda decirse que existen «indicios racionales de criminalidad» contra determinada persona (artículo 384, I, LECrim.), es necesario, al menos, que parezca posible la existencia de un hecho típico.

La duda sobre si el hecho investigado en el sumario es o no constitutivo de delito debe dar lugar a que las partes acusadoras pidan la apertura del juicio oral, porque como declaró la S TS de 22 de marzo de 1957 (RA 921): «...con tal apertura ni se prejuzga la calificación jurídica de los hechos procesales, ni la responsabilidad de los presuntos culpables, sino precisamente la necesidad de esclarecer esa nebulosa formada sobre los mismos, cosa que no puede hacerse sino en el juicio oral con las garantías y solemnidades establecidas para él...».

En cuanto al Ministerio Fiscal, es la regla primera de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1887 —anteriormente reproducida—, la que impone la obligación de solicitar la apertura del juicio oral en caso de duda sobre el carácter delictivo o no de los hechos.

Pero no sólo se dictará auto de sobreseimiento libre en base al artículo 637, 2.º, LECrim., cuando el hecho procesal resultante del sumario no sea típico. De la lectura del art. 639, LECrim., situado entre los artículos que regulan los efectos del sobreseimiento libre, se deduce que el legislador ha querido que se dicte auto de sobreseimiento libre por la vía del art. 637, 2.º, LECrim, también cuando el hecho por el que se incoó el sumario no revista los caracteres de delito, pero sí los de falta; así lo reconoce la doctrina,⁴⁰ y lo aplica la jurisprudencia (Ss TS de 17 de mayo, RA 2032; 13 de junio de 1959, RA 2261 y 9 de junio de 1970, entre otras).

No parece, sin embargo, lo correcto que se dicte un auto de sobreseimiento libre cuando tras declararse concluido el sumario y elevarse las actuaciones a la Audiencia Provincial se observe que la infracción penal es constitutiva de una falta; las razones son las dos siguientes.

En primer lugar, la lectura de los motivos de sobreseimiento contenidos en los arts. 637 y 641, LECrim., revelan que el sobreseimiento es

39. En contra, GIMENO SENDRA, para quien: «... el primer filtro que existe cuando el proceso penal es iniciado mediante querrela, lo constituye el auto de desestimación en base a reputar el órgano judicial la no concurrencia de los elementos del delito al hecho, que como simple sospecha, le comunica el querellante», *La querrela*, Barcelona, 1977, p. 281.

40. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, op. cit., p. 570; HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANJA), op. cit., p. 231; PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 320, y FENECH, *Derecho procesal penal*, II, op. cit., p. 889.

una institución prevista para poner fin o suspender procesos penales cuando los acusadores no pueden ejercitar la acusación o no pueden fundarla; en cambio, cuando la infracción penal, aun no siendo constitutiva de delito, sí pudiera constituir una falta, ni terminará ni se suspenderá el proceso, sino que se producirá un cambio de procedimiento.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, si se dicta auto de sobreseimiento libre porque el hecho es considerado falta, no se producirán los efectos propios de este sobreseimiento: ni se decretará el archivo de las actuaciones (art. 634, III, LECrim.), pues apreciado que el hecho es constitutivo de una falta «se mandará remitir la causa al juez municipal competente para la celebración del juicio que corresponda» (art. 639, LECrim.), ni se devolverán las piezas de convicción cuyo dueño fuere conocido (art. 634, III, LECrim.), ni será posible perseguir al denunciante o querellante por los delitos de calumnia, acusación o denuncia falsa y declarar que el sobreseimiento no perjudica la reputación de los procesados (art. 638, LECrim.), ni el actor civil podrá ejercitar su pretensión de responsabilidad civil por hecho ilícito a través del procedimiento civil correspondiente (arts. 111 y 635, LECrim.).

Por último, debemos apuntar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé el caso de que el juez de instrucción, tras las investigaciones sumariales, o la Audiencia Provincial, durante la fase intermedia, lleguen a la conclusión de que el procedimiento seguido es inadecuado y deban seguirse los trámites de otro proceso penal ordinario—bien un proceso de urgencia, bien el de la LO 11/1980, de 11 de noviembre, de delitos dolosos, menos graves y flagrantes— o especial.

Estos supuestos son básicamente idénticos al caso, anteriormente expuesto, de que tras seguirse los trámites del proceso ordinario por delitos más graves se aprecie que la infracción penal es constitutiva de falta. Se trata de casos de inadecuación del procedimiento, y por tanto apreciables de oficio por el órgano judicial y alegables por las partes. La solución aplicable debe ser la siguiente: apreciando el juez instructor, tras la conclusión del sumario, la inadecuación del procedimiento por deberse seguir los trámites de otro procedimiento ordinario o especial, debe aplicarse la solución prevista en el art. 624, LECrim., para cuando el hecho sea constitutivo de falta;⁴¹ observando la inadecuación del procedimiento la Audiencia Provincial durante la fase intermedia,

41. En este sentido, ARAGONESSES, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1986, pp. 411 y 412.

ante la imposibilidad de aplicar la solución legal prevista para el caso de que estime falta el hecho, ya que considerándose éste constitutivo de delito no podrá dictarse un auto de sobreseimiento del art. 637, 2.º, LECrim., la Audiencia Provincial dictará un auto disponiendo el cambio de procedimiento; solución ésta que estimamos también como más adecuada cuando la Audiencia Provincial aprecie durante la fase intermedia que la infracción penal es constitutiva de una falta.

C) *Art. 637, 3.º, LECrim.* Procederá el sobreseimiento libre «cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores».

Este motivo de sobreseimiento libre ya se recogía en el art. 555, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, y en el art. 803, 3.º, de la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal de 30 de diciembre de 1878, en los siguientes términos: «Procederá el sobreseimiento libre: 3.º Cuando aparecieren de un modo indudable exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.» La actual regulación de este motivo de sobreseimiento libre coincide con la de las normas que acabamos de reproducir, en cuanto que también hoy es presupuesto para que se dicte el sobreseimiento libre que la exención de la responsabilidad criminal de los procesados aparezca indudable, pues así lo exige el art. 640, LECrim.

Mientras el art. 637, 2.º, LECrim., como hemos visto, permite el sobreseimiento libre en todos los casos en que no se haya producido un tipo de injusto legalmente penado, el art. 637, 3.º, LECrim., contempla como motivo de sobreseimiento la existencia de causas de exención de responsabilidad criminal en el procesado.

Se dictará auto de sobreseimiento libre en base al art. 637, 3.º, LECrim.: a) cuando concurra en el procesado alguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal reguladas en el código penal, y que se corresponden con las doctrinalmente llamadas causas de justificación (art. 8, 4.º, 7.º y 11.º CP), causas de inimputabilidad (art. 8, 1.º, 2.º, 3.º CP), supuestos de ausencia de culpabilidad (art. 8, 8.º y artículo 6 bis CP), y con las causas de inexigibilidad de una conducta distinta (art. 8, 7.º, 9.º, 10.º y 12.º CP); b) cuando el procesado no ha participado en la comisión del hecho delictivo, pues como puso de manifiesto Fenech⁴² «más exento de responsabilidad se halla el que no ha rea-

42. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, op. cit., p. 877; PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABRERES, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 313.

lizado el supuesto hecho punible que aquel que lo ha cometido, aunque con la concurrencia de estas circunstancias, y no sería justo que saliera más beneficiado este último que aquél».

Esta segunda causa por la que puede dictarse un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 2.º, LECrim, no plantea problemas, pues una vez concluido el sumario, trasladados los autos ante la Audiencia Provincial y confirmado el auto de conclusión del sumario, la regulación legal sólo le concede dos opciones, o abrir el juicio oral o sobreseer (art. 626 y ss., LECrim.); y si el procesado no ha participado en el hecho delictivo lo correcto es que se dicte un auto de sobreseimiento libre, pues al mismo son aplicables los efectos legalmente previstos para el sobreseimiento, y el cauce más adecuado para dictar este sobreseimiento es el del art. 637, 3.º, LECrim., como lo confirma la dicción del art. 640 *in fine*, LECrim.

No obstante, no será frecuente que se dicte un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, LECrim., en base a que el procesado no ha participado en la comisión del hecho delictivo, porque desvanecidos durante el sumario los «indicios racionales de criminalidad» que dieron lugar al auto de procesamiento, el juez instructor dictará auto revocando el mismo.

En contra de que se dicte auto de sobreseimiento libre cuando desaparezcan los indicios racionales de criminalidad que motivaron el procesamiento, debe recordarse la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1883, en cuyo apartado 31 se dispone 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».

En cuanto que los mayores problemas los plantea la causa de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, LECrim., que se base en la concurrencia de causas penales de extinción de la responsabilidad criminal, dedicaremos el resto de este apartado a su estudio.

La primera cuestión que debemos plantearnos es determinar si las causas de exención de la responsabilidad criminal del inculpado pueden ser apreciadas también por el órgano judicial en un momento anterior, concretamente: ¿puede el juez instructor no procesar a la persona contra la que existen indicios racionales de criminalidad, porque en ella concurren causas de exención de la responsabilidad? Las opiniones doctrinales sobre este punto no son unánimes.

En contra de que se dicte auto de procesamiento cuando concurren

circunstancias de exención de la responsabilidad criminal se manifiestan López Rey,⁴³ para quien «la llamada tipicidad tiene un valor procesal limitado, en todo caso, cuanto más a provocar la incoación del sumario, pero nunca el auto de procesamiento..., cuando el juez se decida a procesar, será después de una valoración de todos los elementos del delito: antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, por ser el procesamiento un acto de naturaleza complejísima»; y Cobo del Rosal y Vives Antón,⁴⁴ para quienes «los llamados indicios racionales de criminalidad ni son, ni pueden, ni deben ser identificados con la concurrencia del tipo de injusto, no sólo por su carácter estrictamente provisional, sino también porque su ámbito no se corresponden, en absoluto, con aquél».

Para Aguilera⁴⁵ y Sainz Cantero,⁴⁶ en cambio, el juez de instrucción no puede abstenerse de dictar un auto de procesamiento por concurrir en el inculpado causas de exención de la responsabilidad.

Compartimos la opinión que sostienen López Rey, Cobo del Rosal y Vives Antón; el juez de instrucción, en el momento de dictar auto de procesamiento, debe tener en cuenta la concurrencia de causas de justificación, la ausencia de culpabilidad, la existencia de causas de inimputabilidad o la concurrencia de causas de inexigibilidad de otra conducta, y ello en base a la dicción del art. 384, LECrim., que subordina el procesamiento al presupuesto de la existencia de «algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona», lo que exige al juez instructor apreciar, en el momento del procesamiento, no sólo la concurrencia de las circunstancias objetivas del delito sino también la concurrencia de las circunstancias subjetivas.⁴⁷

43. LÓPEZ REY, *El valor procesal de la llamada...*, op. cit., pp. 27 y ss.

44. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., página 271.

45. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, op. cit., p. 578.

46. SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, op. cit., p. 301.

47. Por encima de las distintas posturas doctrinales, debe quedar claro que la exención de responsabilidad criminal impedirá al juez instructor dictar un auto de procesamiento en el supuesto del art. 8, 2.º, CP, en que quien ejecutó el hecho delictivo no había cumplido dieciséis años, y ello porque la concurrencia de esta circunstancia determina la incompetencia de los juzgados de instrucción que deberán inhibirse a favor de los jueces de menores, a quienes corresponde conocer de las acciones u omisiones punibles realizadas por los menores antes de cumplir dieciséis años (*vid.* arts. 96, 97 y disp. transitoria 4.ª, LOPJ, y art. 9.2 del texto refundido de la ley de tribunales tutelares de menores).

No obstante, diversos argumentos se oponen al mantenimiento de esta postura; expondremos a continuación los dos siguientes:

1. La propia dicción del art. 637, 3.º, LECrim., que establece que procederá el sobreseimiento libre «cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los *procesados* como autores, cómplices o encubridores»; y en efecto, si el juez instructor se abstuviese de procesar a la persona contra la que existen indicios racionales de criminalidad, porque está exenta de responsabilidad criminal, una vez concluido el sumario y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, ni podrá abrirse el juicio oral, ni podrá terminar el proceso anticipadamente mediante un auto de sobreseimiento libre, sino que deberá suspenderse el proceso mediante un auto de sobreseimiento provisional del artículo 641, 2.º, LECrim., que permite dictar este tipo de sobreseimiento cuando aun siendo probable la comisión de un hecho delictivo no existan motivos suficientes para procesar a ninguna persona.

Se llegaría de este modo a una solución artificial, porque el sobreseimiento provisional está pensado para los casos en que la práctica de nuevas investigaciones pueda dar lugar a la apertura del juicio oral —o a que se dicte un auto de sobreseimiento libre—, lo que nunca podrá ocurrir si no se dictó auto de procesamiento por concurrir alguna causa de exención de responsabilidad penal en el acusado.

2. La postura favorable a que el juez de instrucción dicte auto de procesamiento aun en el caso de que en el acusado concurra alguna circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, se reflejó en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1883, que en su número 12 establece que: «los jueces deben siempre instruir todas aquellas diligencias que son de esencia en el sumario, porque aun cuando resulte la irresponsabilidad del procesado y sea este caso de los en que procede el sobreseimiento libre, ni es el juez quien lo ha de apreciar, ni sería prudente por ello abandonar la investigación, porque pueden aparecer otras responsabilidades criminales o civiles de las diligencias que en su caso deben practicar».

No obstante haber tomado postura a favor de que el juez de instrucción pueda apreciar las causas de exención de la responsabilidad penal que concurran en el inculcado, debemos plantearnos, como segundo problema, si en todos los casos en que los procesados aparezcan exentos de responsabilidad criminal es procedente aplicar las normas que regulan el sobreseimiento libre.

El problema se plantea en tres casos: a) El enajenado y el que cometió el delito en situación de trastorno mental transitorio (art. 8, 1.º, CP); b) El que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 8, 3.º CP); y c) El menor de dieciséis años (art. 8, 2.º CP). Veremos estos tres casos por separado.

a) En primer lugar me referiré al caso del enajenado y del que cometió el delito en situación de trastorno mental transitorio que no hubiera sido buscado de propósito para delinquir; supuesto distinto, que no se incluye aquí, es la demencia sobrevinida después de cometido el delito, para el que el art. 383, I, LECrim., prevé que: «concluido que sea el sumario se mandará archivar la causa por el tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia».

El problema se plantea porque, aun cuando los enajenados y los que se hallaban en una situación de trastorno mental transitorio al cometer el delito, están exentos de responsabilidad penal, el art. 8, 1.º, III, CP, prevé la adopción por el tribunal sentenciador de una serie de medidas cuando «el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito».

En estos casos, si bien no existe un derecho del Estado a penar a las personas en quienes concurren las citadas circunstancias de exención de la responsabilidad penal, sí es posible la adopción de determinadas medidas que se basan en la peligrosidad del sujeto,⁴⁸ y esto ha llevado a la jurisprudencia a concluir que siempre que el proceso penal se dirija contra un enajenado, o persona que cometiera el hecho en situación de trastorno mental transitorio, y quiera imponérsele alguna de las medidas previstas en el art. 8, 1.º, III, CP, no deberá finalizar el proceso por un auto de sobreseimiento libre (en este sentido Ss. TS de 31 mayo de 1977, RA 2499, 16 de abril y 5 de noviembre de 1979, RA 1639 y 3814, y 24 de febrero de 1987, RA 1287).

Debe advertirse, no obstante, los dos problemas que la adopción de esta postura plantea.

El primer problema radica en que el principio de contradicción penal, entendido en el aspecto de que durante el juicio oral se requiere

48. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 472 y 473; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, III, Barcelona, 1985, p. 37.

la presencia física y consciente del procesado, con el fin de que éste pueda ejercitar las facultades que le reconoce la ley (arts. 688 y 739, LECrim.), no existe cuando el juicio oral se dirige contra un enajenado. Así lo declaró el TS en S de 18 de mayo de 1927,⁴⁹ a cuyo tenor: «para que se entienda que el acusado estuvo presente en el juicio oral no basta la material presencia en los banquillos de la Sala de los acusados aquejados de una incapacidad mental que les impide darse cuenta de lo que allí sucede, por lo que su asistencia aprisionado por una camisa de fuerza y vigilado cuidadosamente por dos loqueros, obliga a estimar que el juicio se celebró sin que se llenase el esencial requisito de la comparecencia del acusado, cuya ausencia intelectual y moral no puede negarse».

El segundo problema que la adopción de esta postura plantea es que nos encontraremos con procesos penales cuyo objeto no es la determinación de si procede o no imponer una pena al procesado, sino el determinar si procede o no la aplicación de una medida de seguridad.

Debe observarse, además, que la conclusión a la que llega la jurisprudencia en este caso constituye a la vez un argumento en contra de que esta causa de exención de la responsabilidad penal pueda ser apreciada por el juez instructor para negar el procesamiento.

Las objeciones que acabamos de exponer hacen que nos inclinemos por la opinión de que la concurrencia de esta circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, si es apreciada por el juez instructor no debe dar lugar al procesamiento, mientras que durante la fase intermedia debe motivar un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, LECrim., debiendo imponerse la medida de seguridad a través del procedimiento adecuado a tal fin.⁵⁰

b) El caso del procesado exento de responsabilidad criminal por tener alterada gravemente la conciencia de la realidad, al sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, se

49. Sentencia recogida por MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal*, 2.ª ed., Madrid, p. 240.

50. A favor de que la Audiencia Provincial dicte auto de sobreseimiento del art. 637, 3.º, LECrim., cuando concurra la eximente primera del art. 8, CP, imponiéndose en el mismo auto la medida de seguridad que se estime apropiada, vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, I, op. cit., p. 51, y GÓMEZ COLOMER, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos y procesales* (con CARBONELL MATEU y MENGUAL LULL), Madrid, 1987, pp. 143 y 144. En el derecho italiano la sentencia que denota el archivo del proceso por «no deberse proceder» puede adoptar medidas de seguridad; vid. art. 381 CPP y arts. 202 a 205 y 222 CP.

presenta en los mismos términos que ya vimos al hacer referencia al procesado enajenado o que cometió el delito en situación de trastorno mental transitorio, ya que el art. 8, 3.º, II, CP, permite la adopción de una serie de medidas sustitutorias de la pena, cuando «estas personas hayan cometido un hecho que la ley sancionare como delito».

c) Comisión del hecho delictivo por un menor de dieciséis años (art. 8, 2.º CP).

Si la exención de responsabilidad criminal del procesado está motivada por haber ejecutado el hecho siendo menor de dieciséis años, y la concurrencia de esta circunstancia se observa en el momento en que se debe decidir entre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, estima la doctrina,⁵¹ y la jurisprudencia (Ss. TS 5 de noviembre de 1979, RA 3814 y 31 de mayo 1977, RA 2499, entre otras), que debe dictarse un auto de sobreseimiento libre, y en efecto, esta causa de exención de la responsabilidad criminal debe estimarse incluida en el artículo 63, 3.º LECrim.

No obstante, dado que la concurrencia de esta causa de exención de la responsabilidad del procesado provoca la incompetencia del órgano judicial que está conociendo del proceso penal, y ésta es una cuestión de orden público que debe ser apreciada de oficio por los juzgados y tribunales que estén conociendo de la fase procesal en la que tal circunstancia se observa, no deben aplicarse los criterios del art. 645, LECrim., a la apreciación de esta causa de sobreseimiento, pues de hacerlo nos veríamos obligados a concluir que la Audiencia Provincial no podría de oficio inhibirse, sino que debería ordenar la apertura del juicio oral si algún acusado lo pidiera.

Debe destacarse, por último, que los acusadores sólo deberán solicitar que se dicte un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º LECrim., cuando la exención de responsabilidad criminal del procesado aparezca como indudable. Así lo exige el art. 640, LECrim., y lo recordó a los Fiscales la regla segunda de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1887 (Gaceta del 11): «para solicitar el sobreseimiento con arreglo al núm. 3.º 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».

51. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, op. cit., p. 878, y PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 313.

No resultará, sin embargo, frecuente que tras la práctica de las investigaciones sumariales aparezca indudable la concurrencia de circunstancias de exención de la responsabilidad criminal; ésta pareció ser también la opinión de la Fiscalía del Tribunal Supremo cuando en una Circular de 2 de septiembre de 1885 señaló que: «Las Fiscalías de las Audiencias procurarán por punto general... abstenerse de pedir sobreseimiento en las causas criminales de que conozca, fundado en el núm. 3.º del art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... Deberán, por el contrario, solicitar generalmente en ellas la apertura del juicio oral y público para depurar en el mismo el motivo de la exención si en tales números se fundase, en caso de duda, siempre que el término lo permita, consultarán a esta Fiscalía, y si no fuere posible y optasen por el sobreseimiento, darán inmediatamente noticia y razón del caso a la misma».

VII. RESOLUCIÓN JUDICIAL

El sentido del auto que dicta el tribunal, bien sea de sobreseimiento o de apertura del juicio oral (arts. 633 y 636, LECrim.), viene determinado por las peticiones de las partes acusadoras que, según se desprende de los arts. 642 a 645, LECrim., vinculan al órgano judicial. Las posibilidades son las siguientes.

1. Que el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento libre «y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación» (art. 642, LECrim.).

Cuando la acción penal ha sido ejercitada a lo largo del proceso penal sólo por el Ministerio Fiscal —pues éste es el significado que debe darse a la expresión «y no se hubiere presentado en la causa querellante particular dispuesto a sostener la acusación»— y durante la fase intermedia el Fiscal solicita que se dicte un auto de sobreseimiento libre, tal petición vincula al tribunal (art. 642, II, 643, III y 645, II, LECrim.). Sin embargo, en estos casos, el tribunal, antes de dictar auto de sobreseimiento libre, «podrá» hacer saber la petición del Ministerio Fiscal a «los interesados en el ejercicio de la acción penal».

El entendimiento del art. 642, LECrim., exige determinar quiénes se hallan comprendidos bajo la expresión «interesados en el ejercicio de la acción penal», y establecer el carácter, potestativo o no, de la utilización por la Audiencia Provincial del art. 642, LECrim. Comenzaremos por el primero de los problemas apuntados.

Si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al regular la acusación popular (art. 101, LECrim.), parece partir de la consideración de que todos los ciudadanos españoles están interesados en el ejercicio de la acción penal, el art. 642, I, no concede al término «interesados» esta amplitud; y así se deduce del tenor de los arts. 642 y 643, LECrim., que contemplan la posibilidad de que el paradero de todos los interesados sea conocido, lo que nunca ocurrirá si por interesados se entienden todas las personas que pueden ejercitar la acción penal.

El término interesados se debe entender en el art. 642, en sentido restringido, como equivalente a ofendidos, es decir a los titulares del «interés protegido por la norma penal».⁵²

El ofrecimiento de la acción penal a los ofendidos, que prevé este art. 642, LECrim., debe considerarse una excepción a lo dispuesto en el art. 109, III, LECrim., que tras regular el ofrecimiento de acciones civiles y penales por el Juez de instrucción a los ofendidos y perjudicados, dispone que: «fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales —se emplea aquí el término interesados en el ejercicio de la acción penal como sinónimo de ofendido— notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente».

En cuanto al segundo de los problemas planteados, dado el tenor del art. 642, LECrim., podría pensarse que el tribunal goza de la más amplia discreción para, concurriendo los presupuestos de este artículo, hacer el ofrecimiento de la acción penal a los ofendidos; pero esta interpretación no sería correcta.

Si el tribunal estima procedente la petición de sobreseimiento libre realizada por el Fiscal no deberá ofrecer el ejercicio de la acción penal a los ofendidos. En cambio, deberá hacer uso de la facultad que le concede el art. 642, LECrim., necesariamente, cuando estime improcedente la petición de sobreseimiento libre realizada por el Fiscal, y ello por dos motivos: a) para garantizar la efectividad del principio de necesidad que, como ya expusimos, rige durante la fase intermedia y tiene su reflejo en la serie de motivos por los que puede pedirse sobreseimiento; b) porque la facultad del tribunal de sustraerse de la obligación de dictar auto de sobreseimiento cuando «conceptúe improcedente la petición del Ministerio Fiscal», mediante consulta al superior de

52. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, II, op. cit., p. 263.

aquél (art. 644, LECrim.), exige que previamente haya buscado sin éxito un ofendido que sostenga la acción penal.

El art. 642, LECrim., no consagra, por tanto, una facultad discrecional, sino un deber para el órgano judicial de ofrecer la acción penal a los ofendidos cuando estime improcedente la petición de sobreseimiento realizada por el Fiscal.

No obstante, concurran o no los presupuestos del art. 642, I, LECrim., la Audiencia Provincial deberá hacer el ofrecimiento de la acción penal a los ofendidos, en este momento, cuando no se les hubiera hecho el ofrecimiento en un momento anterior, bien porque se encontrasen ausentes o por otros motivos, y ello con la finalidad de evitar que el auto de sobreseimiento les produzca indefensión.

El ofrecimiento de la acción penal a los interesados se realizará en su domicilio o residencia si fueren conocidos, en caso contrario «se les llamará por edictos que se publicarán a las puertas del tribunal mismo, en los periódicos de la localidad o en los de la capital de la provincia, y podrán publicarse también en la Gaceta de Madrid» (hoy BOE) (art. 643, LECrim.).

Si tras hacer saber la petición de sobreseimiento libre del Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal se presenta algún ofendido a mantener la acción, el tribunal deberá dictar un auto de apertura del juicio oral (art. 645, LECrim.), y la misma resolución adoptará si un no perjudicado se presenta a mantener la acción. En caso contrario, el tribunal deberá dictar el auto de sobreseimiento libre pedido por el Ministerio Fiscal, pero todavía podrá solicitar un informe sobre la procedencia de abrir el juicio oral o sobreseer al superior de aquél (art. 644, LECrim.) (en este sentido S TS de 5 de noviembre de 1979, RA 3814).⁵³

2. Que el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento libre «y no hubiere querellante particular que sostenga la acusación» (art. 644, Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Problema previo en el análisis del art. 644, LECrim., es determinar qué debe entenderse por «... y no hubiera querellante particular que sostenga la acción».

Bajo esta expresión, más amplia que la utilizada en el art. 642, LECrim. —«... y no se hubiere presentado en la causa querellante par-

53. En este sentido; PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 317.

ticular dispuesto a sostener la acusación»— tienen cabida dos situaciones distintas.

En primer lugar, los casos en que la acción penal hubiera sido ejercitada en algún momento del proceso, además de por el Ministerio Fiscal, por otra persona o personas que después se hubieran apartado del proceso, o que en ese momento soliciten también al tribunal que dicte un auto de sobreseimiento —libre en el caso de que nos ocupamos—. En segundo lugar, tampoco habrá querellante particular que sostenga la acción cuando ningún «interesado» se presentase a mantener la acusación tras el ofrecimiento de la acción penal por la Audiencia Provincial en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 642, LECrim.; esta misma solución puede deducirse también de la colocación del artículo 644, LECrim., como una excepción a la obligación legal del tribunal de dictar auto de sobreseimiento cuando no comparezca ningún ofendido a mantener la acción (arts. 642, II y 643, II, LECrim.).

Si el Ministerio Fiscal pide el sobreseimiento libre, y «no hubiere querellante particular que sostenga la acción», el tribunal debe dictar un auto de sobreseimiento libre (art. 644, LECrim.). No obstante, si el tribunal estima improcedente la petición de sobreseimiento libre realizada por el Fiscal —y eventualmente también por otro acusador—, puede remitir la causa al Fiscal superior de aquél, para que confirme o no la petición realizada por el Fiscal.

La expresión «cuando el tribunal conceptúe improcedente la petición del Ministerio Fiscal relativa al sobreseimiento», debe ser entendida, no sólo en el sentido de que a juicio de la Audiencia Provincial lo procedente sea la apertura del juicio oral, sino que el precepto tiene también aplicación cuando la disconformidad del tribunal sea con la petición de sobreseimiento libre del Fiscal, por entender que lo procedente es dictar un auto de sobreseimiento provisional.

En este sentido que acabamos de apuntar puede interpretarse la Consulta 4/1939, de 2 de septiembre (Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1940), que señala: «creemos que sin forzar el alcance legal, se ha podido usar por el Tribunal de la facultad que le concede el art. 644 aun en el caso actual en que se trata de un sumario que se declaró concluso sin dictar auto de procesamiento. Este artículo no distingue entre sumarios con procesamiento y sin él: habla sólo de que no exista querellante particular que sostenga la acción y que al encontrarse con que el Fiscal pide que se sobresea, estimando que lo procedente es sostener la acción, acude el tribunal al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no dicho sobreseimiento».

Si el informe del Fiscal superior es contrario a la apertura del juicio el tribunal dictará un auto mandando abrir el juicio (art. 645, I, LECrim.), y el Fiscal inferior deberá redactar unas calificaciones provisionales en sentido acusatorio, dado el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica que informa la regulación del Ministerio Fiscal (art. 2, núm. 1, y arts. 22 a 28 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal).⁵⁴

Si el informe del Fiscal superior es contrario a la apertura del juicio oral, el tribunal deberá dictar un auto de sobreseimiento y, no habiendo acusador particular, éste será de la clase pedida por el Fiscal en su informe.

3. Que unos acusadores pidan el sobreseimiento libre y otros la apertura del juicio oral.

En estos casos el tribunal deberá dictar un auto abriendo el juicio oral, salvo que estime que el hecho no es constitutivo de delito, en cuyo caso, y no obstante el tenor del artículo, que parece concederle al tribunal una facultad discrecional, deberá dictar un auto de sobreseimiento libre (art. 645, LECrim.).

4. Que todos los acusadores pidan la apertura del juicio oral.

La posibilidad de que todos los acusadores mantengan la acción no se encuentra expresamente prevista en la LECrim., pero del art. 645, LECrim., se deduce que el tribunal deberá abrir el juicio oral, pues si debe abrir el juicio oral cuando uno solo de los acusadores sostiene la acción, con mayor motivo deberá hacerlo cuando todos los acusadores pidan la apertura del juicio oral.

No obstante, si el tribunal estima que el hecho para el que se pide la apertura del juicio oral no es constitutivo de delito, deberá dictar un auto de sobreseimiento libre (art. 645).

5. Que todos los acusadores pidan el sobreseimiento libre.

Dada la vigencia del principio acusatorio en esta fase del proceso

54. La Fiscalía del Tribunal Supremo, en respuesta a la Consulta 4/1939, de 2 de septiembre (Memoria 1940, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), estableció que el Fiscal superior «... por virtud del principio rigurosamente mantenido en nuestro Estatuto de la unidad y dependencia del Ministerio Público, tiene facultad plena para ir contra el dictamen discutido, acordando en el sentido que estime procedente en derecho imponiendo su criterio, a lo que también le autoriza dicho artículo 644...».

penal, si todos los acusadores piden que se dicte un auto de sobreseimiento libre el tribunal, que se encuentra vinculado por esta petición, deberá dictar un auto de sobreseimiento libre.

Las objeciones a la regulación legal que acabamos de exponer pueden realizarse desde un doble punto de vista.

En primer lugar, la posibilidad que se otorga al tribunal sentenciador de denegar la acción, desvinculándose de las peticiones de las partes, cuando el hecho investigado durante el sumario no sea constitutivo de delito (art. 645, I, LECrim.), se corresponde con la facultad que la ley concede al juez que reciba una denuncia, o ante el que se presente una querrela, de archivarla si considera que los hechos no son constitutivos de delito (arts. 269 y 303, LECrim.). Sin embargo, no debe olvidarse que mientras el juez de instrucción debe conceder o denegar el derecho al proceso sin disponer de más datos que los que constan en la denuncia o en el escrito de querrela, el tribunal que debe dictar un auto de apertura del juicio oral o de sobreseimiento puede fundar su decisión en las investigaciones practicadas durante el sumario; por tanto, no está justificado que las facultades del tribunal sentenciador para conceder o denegar el ejercicio del derecho de acción durante la fase intermedia sean idénticos a los que tuvo el juez instructor para admitir o rechazar la denuncia o la querrela.

En segundo lugar, la vinculación del tribunal a la petición de apertura del juicio oral que formulen cualquiera de los acusadores —sin más excepción que la antes expuesta—, tiene el inconveniente de que mientras el acusador, Ministerio Fiscal, en cuanto representante del interés público debe atenerse en su actuación al principio de legalidad, los restantes acusadores —generalmente se tratará de los ofendidos o perjudicados— pueden realizar peticiones de apertura del juicio oral totalmente improcedentes que los tribunales no podrán rechazar. Pero es más, tampoco estimaríamos correcta una ley que estableciera la vinculación del tribunal a la petición de apertura del juicio oral del Ministerio Fiscal, pues como acertadamente señala Fairen⁵⁵ «no olvidemos que si aquél (el Ministerio Fiscal) es el guardián de la ley, los guardianes por excelencia de la misma son los tribunales» (confr. artículo 645 con art. 791, primero y tercero, LECrim., aplicable al procedimiento de urgencia para delitos cuyo fallo compete a los juzgados de instrucción).

55. FAIREN GUILLÉN, *Procesamiento, sobreseimiento y acusación*, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, p. 1284.

En conclusión podemos afirmar que el tribunal no debería quedar vinculado por las peticiones de apertura del juicio oral que realicen las partes acusadoras cuando, como indica Fairen,⁵⁶ exista un motivo claro de sobreseimiento.

Estimamos que puede aparecer como evidente la improcedencia del juicio oral, además de cuando el hecho no sea constitutivo de delito (art. 645, I, LECrim.), cuando concurren las otras causas de sobreseimiento libre, esto es: cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa (art. 637, 1.º, LECrim.) (confr. art. 789, primero, LECrim., aplicable a los procedimientos de urgencia), y cuando aparezcan indudablemente exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores (art. 637, 3.º, LECrim.) —de hecho, como ya hemos expuesto anteriormente, la Audiencia Provincial deberá denegar la apertura del juicio oral, aunque algún acusador mantenga la acción, cuando concorra en el procesado la causa de exención de la responsabilidad criminal prevista en el art. 8, 2.º, CP—.

VIII. RECURSOS

El art. 636, LECrim., establece que: «contra los autos de sobreseimiento sólo procederá en su caso el recurso de casación»; y para saber en qué casos podrá interponerse el recurso de casación contra los autos de sobreseimiento, este precepto debe ponerse en relación con el art. 848, LECrim., cuyo primer párrafo establece qué autos de las Audiencias Provinciales serán recurribles en casación, al disponer que: «contra los autos definitivos dictados por las Audiencias sólo procederá el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso».

De las dos clases de autos de sobreseimiento —libre y provisional— que regula la Ley de enjuiciamiento criminal, sólo los autos de sobreseimiento libre son definitivos,⁵⁷ en cuanto que son los únicos que ponen fin al proceso impidiendo su continuación (S TS 4 de julio de 1946, RA 893, y A TS 17 de septiembre de 1982, RA 4941, entre otras). Pero, si bien la declaración genérica del art. 848, I, LECrim., permitiría la interposi-

ción de un recurso de casación contra todos los autos de sobreseimiento libre dictados al amparo del art. 637, LECrim., el art. 848, II, LECrim., opera una restricción de los autos de sobreseimiento libre recurribles en casación; declara el art. 848, II, LECrim., que: «a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos».

Expuesta brevemente la regulación actual de los recursos que cabe interponer contra los autos de sobreseimiento libre, realizaremos ahora un breve análisis de la evolución histórica de este precepto, para seguir con su fundamento, y terminaremos con una crítica del mismo.

Bajo la vigencia de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872 (arts. 797 y 801) y de la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal de 1878 (arts. 861 y 865), procedía el recurso de casación por infracción de ley contra los autos de sobreseimiento libre cuando se fundaran en no estimarse como delito o falta los hechos a los que en ellos se hiciere referencia, «siéndolo por su naturaleza y no habiendo circunstancias posteriores que impidan pensarlos».

En la redacción originaria de la LECrim. de 1882, el art. 636 aparecía con la misma redacción que tiene en la actualidad; no así el artículo 848, que tras enumerar una serie de resoluciones contra las que podía recurrirse en casación por infracción de ley, entre las que figuraban los autos de sobreseimiento, añadía en su último apartado, como límite a la admisión del recurso de casación contra las resoluciones indicadas en el mismo: «que sean definitivas y además no se conceda contra ellas ningún otro recurso».

El art. 848, LECrim., en su redacción originaria, fue aplicado por la jurisprudencia en el sentido de que no procedía el recurso de casación contra los autos de sobreseimiento provisional, por carecer del carácter de definitivos, mientras que el recurso de casación contra los autos de sobreseimiento libre sólo sería posible cuando alguien hubiera sido procesado durante el sumario» porque habiendo de ser necesaria consecuencia de la casación del referido auto la apertura del juicio no habría términos posibles de llevarla a cabo por no existir ninguna persona contra la cual pudiera dirigirse la acusación».⁵⁸

56. *Id.*, p. 1280.

57. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), *op. cit.*, p. 232; FENECH, *Derecho procesal penal*, II, *op. cit.*, p. 892, y AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, t. IV, *op. cit.*, p. 565.

58. *Vid.* AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, *op. cit.*, pp. 563 y ss.

El art. 848 fue modificado, primero, por la Ley de 28 de junio de 1933, que sustituyó la anterior redacción por la siguiente: «habrá lugar al recurso de casación de que habla el artículo anterior cuando la ley se hubiere infringido en sentencias y autos definitivos de los tribunales», después por Ley de 16 de julio de 1949, que le dio la redacción actual, y cuyo apartado segundo da cuenta de los problemas que hasta esta fecha se suscitaron con relación a la recurribilidad de los autos de sobreseimiento dictados antes de la apertura del juicio oral. Esta reforma eliminó las dudas que pudieran plantearse, al limitar el recurso de casación a los autos de sobreseimiento libre que se basaran en el art. 637, 2.º, LECrim. —volviendo con ello a lo que disponían la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872 y la Compilación de 1878—, cuando alguien se hallare procesado como presunto participe en los hechos. Pero, si bien resulta indiscutible que sólo son autos definitivos los autos de sobreseimiento libre, ¿es fundada la limitación del art. 848, II, LECrim.?

El fundamento de la restricción que el art. 848, II, LECrim., establece sobre los autos de sobreseimiento libre recurribles en casación, se encuentra en la dicción del art. 645, LECrim.: si la Audiencia Provincial al dictar auto de sobreseimiento libre se halla vinculada a las peticiones de las partes acusadoras, de modo que manteniendo alguna de ellas la acusación debe decretar la apertura del juicio oral, y sólo puede desvincularse de las peticiones de las partes para dictar un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 2.º, LECrim., parece lógico, a primera vista, que sólo en este caso se conceda la posibilidad de recurrir a la parte o partes acusadoras que, por haber solicitado en su momento la apertura del juicio oral, o una resolución de sobreseimiento provisional, se sientan perjudicadas por la resolución de sobreseimiento libre.⁵⁹

No obstante, la solución legal de limitar el recurso de casación a

59. Siendo así, resulta indudable que la LECrim. limita la legitimación para recurrir en casación a las partes acusadoras; en el derecho italiano, en cambio, el art. 387 del CPP, relativo a la «impugnazioni delle sentenze istruttorie di proscioglimento» (o sentencia por la que se declara «no deberse proceder») permite el recurso, no sólo al «procuratore generale e il procuratore della Repubblica», sino también al imputado si la imputación se refería a un delito o a una contravención punible con el arresto, cuando se declare no deberse proceder por insuficiencia de pruebas o por concesión del perdón judicial, o bien porque se tratase de persona no imputable o de persona no punible porque el hecho no constituye delito, si ha sido aplicada o puede ser aplicada en procedimiento sucesivo una medida de seguridad.

los autos de sobreseimiento libre del art. 637, 2.º, LECrim., que sería la única admisible si la Audiencia Provincial sólo pudiera desvincularse de las peticiones de apertura del juicio oral de las partes acusadoras en este caso y fuera imposible el error en las resoluciones de los tribunales de justicia, impide el acceso al recurso de casación en aquellos casos en que la Audiencia Provincial se desvincule de las peticiones de las partes y dicte un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 1.º o 3.º, LECrim., existiendo procesado en la causa.

Pero la limitación de la recurribilidad a los autos de sobreseimiento libre que se basen en el art. 637, 2.º, LECrim., se restringe todavía más con la exigencia del art. 837, LECrim., de que, para que sea admisible el recurso de casación contra tales resoluciones es necesario que «alguien se hallare procesado como culpable de los mismos». Su fundamento se encuentra en la exigencia legal de que para abrir el juicio oral es necesario que alguna persona haya sido previamente procesada, en este sentido varias sentencias del Tribunal Supremo, anteriores a la ley de 16 de julio de 1949, que dio al art. 848, LECrim., la redacción actual, declararon que: «la estimación del recurso de casación contra auto de sobreseimiento libre, en tanto puede tener finalidad y eficacia y debe ser acogida si hubiera méritos para ello, en cuanto permita abrir el juicio oral y seguir adelante el proceso ya que de otro modo, si la apertura no se produce, por no haberse dictado auto de procesamiento contra persona alguna, su inadmisión se hace obligada por carecer de sentido y contenido teniendo en cuenta que la naturaleza y esencia de este recurso de carácter extraordinario no permite hacer el menor pronunciamiento sobre tan importante extremo, como es el procesamiento...» (Ss TS 20 de mayo de 1945, RA 398; 23 de octubre de 1946, RA 1105, y 31 de octubre de 1946, RA 1251).

Pero el legislador, con la exigencia de que exista un procesado en la causa, olvida que entre el sobreseimiento libre y la apertura del juicio oral existe, como una tercera opción, el sobreseimiento provisional que también se puede dictar aun no existiendo procesados, y a quien solicitó que se dictase auto de sobreseimiento provisional debe concedérsele la posibilidad de recurrir.

Una vez hemos concluido que la limitación del recurso de casación a los autos de sobreseimiento libre que se basen en que los hechos sumariales no son constitutivos de delito, cuando alguien se hallare procesado como culpable de los mismos, no se encuentra justificada, cabe que nos preguntemos sobre la justificación de que los autos de sobreseimiento sólo sean recurribles en casación por los motivos de in-

fracción de ley enumerados en el art. 849, LECrim., con exclusión de los motivos de casación por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851, LECrim.

La imposibilidad de fundar el recurso de casación en los motivos de casación por quebrantamiento de forma establecidos en los arts. 850 y 851, LECrim., resulta clara de su lectura, ya que ambos artículos recogen exclusivamente motivos de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio oral (art. 850 LECrim.) o de la sentencia (art. 851, LECrim.), y el sobreseimiento libre de que tratamos tiene lugar antes de abrirse el juicio oral, y no se recoge en una resolución judicial en forma de sentencia sino de auto.

Una vez justificado que el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento libre no puede fundarse en los motivos de casación por quebrantamiento de forma que enumera la LECrim., podemos preguntarnos, ya para finalizar, si el recurso de casación que se base en que se ha dictado un auto de sobreseimiento libre, podrá fundarse en los dos motivos de casación por infracción de ley que enumera el artículo 849, LECrim.

No obstante el tenor del art. 848, I, LECrim.: «contra los autos definitivos dictados por las Audiencias sólo procede el recurso de casación y únicamente por infracción de ley...», la aplicación de los motivos 1.º y 2.º del art. 849, LECrim., no deja de plantear problemas.

En cuanto al motivo 1.º del art. 849, LECrim., su aplicación plantea el problema, que ya observó Fenech,⁶⁰ de que los autores carecen de declaración de hechos probados. No obstante, la jurisprudencia, que también criticó la defectuosa redacción del art. 849, 1.º, LECrim., admite los recursos de casación contra los autos de sobreseimiento libre que se basen en este motivo, y declara que: «... careciendo los autos de declaraciones de hechos probados, caso de apoyarse el recurso en el núm. 1.º del art. 849 de la citada LECrim., se habrá de partir, para determinar si se ha conculcado o no algún precepto de carácter sustantivo, de los hechos que recoja el auto recurrido o, en otro caso, de los que aparezcan suficientemente acreditados en la causa...» (S. TS 31 de mayo de 1982, RA 3741, también S. TS 9 de junio de 1970, RA 2770).

La dificultad para la aplicación del motivo 2.º del art. 849, LECrim., deriva de que a través del mismo deben alegarse los casos de «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en au-

tos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», y es claro que no puede hablarse de prueba antes del juicio oral. Pero también en este caso la jurisprudencia ha interpretado este motivo de casación por infracción de ley de modo que pueda alegarse en los recursos contra autos de sobreseimiento al declarar que: «... si bien estos documentos o algunos de ellos y las deducciones que de los mismos vamos a extraer no pueden tener fuerza vinculante en la fase decisoria del juicio sobre el tribunal de instancia, ya que pueden ser contradichos, y quizá destruidas las consecuencias que extraigamos, por otros elementos probatorios que entre sí, pesando su valor ypreciados en conjunto y en conciencia examine el tribunal, pero precisamente esta función juzgadora de situación personal tan importante es la que se soslayaría al no conceder a esos documentos la suficiente categoría para en el momento indiciario tener por bueno, con la provisionalidad que lo anterior al juicio tiene, lo que se deduce de los mismos...» (S. TS 23 de diciembre de 1972, RA 5546; también Ss. TS 17 de mayo de 1957, RA 2032, y 9 de junio de 1970, RA 2770).

Analizada la interpretación jurisprudencial de los motivos 1.º y 2.º del art. 849, LECrim., para permitir que las partes acusadoras puedan fundarse en ellos para recurrir en casación contra los autos de sobreseimiento libre, seguimos sin encontrar justificación a la limitación del recurso de casación contra los autos de sobreseimiento libre al supuesto de que éste se funde en «entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos» (art. 848, II, LECrim.);⁶¹ y quizá sea por esto que el Tribunal Supremo en algunas sentencias —es especialmente significativa la S. TS 23 de diciembre de 1972, RA 541— ha interpretado de modo amplio el art. 848, I, LECrim.

Declara la S. TS 23 de diciembre de 1972 (RA 5541) que: «la expresión del párr. 2.º del art. 848 de la LECrim., concerniente a la recu-

61. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en su redacción originaria, permitía el recurso de casación contra los autos de sobreseimiento libre que se dictaran en base al art. 637, 3, LECrim., al disponer el art. 852 que: «se entenderá, para el efecto expresado en los artículos anteriores, que ha sido infringida la ley en cualquiera de los autos comprendidos en los números 4.º (sobreseimiento), 5.º y 6.º del art. 848, cuando se funden en no estimarse como delito o falta, siéndolo o presentando los caracteres de tales, los hechos consignados por el juez o tribunal en los respectivos autos, sin que circunstancias posteriores impidan penarlos; o cuando se declare exentos de responsabilidad criminal a los procesados, no debiendo serlo con arreglo al precepto expreso de una ley».

60. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, *op. cit.*, p. 891.

rribilidad en casación de los autos de sobreseimiento libre por razón de no ser los hechos sumariales constitutivos de delito, no puede por menos de entender ser referida tanto a las hipótesis del núm. 2.º del art. 637, en que se declara la inexistencia objetiva del delito, por falta de tipicidad, como a los del núm. 3.º, en que la conducta del sujeto no resultare delictiva por circunstancias determinantes de la justificación o exculpación personal de los mismos, toda vez que el cierre de la casación para este segundo supuesto, parigual al primero en su esencia y en sus efectos definitivos e irreversibles, vendría a acarrear contrasentido tan palmario como el de que la apreciación de una causa de inculpabilidad o justificación hecha a través del juicio oral, con todas las garantías a él anejas, sería recurrible para ante el Tribunal Supremo, en tanto que si ese mismo pronunciamiento, definitiva y eminentemente absolutorio, se hubiere acordado mediante el expeditivo expediente de un auto de sobreseimiento libre, escaparía a la censura casacional, por lo que bastaría adoptar, sin más, tal fórmula de sobreseimiento libre; anómala consecuencia que en modo alguno preceptúa ni pudo haber querido preceptuar la Ley procesal» (vid. S. TS 16 de abril de 1979, RA 1639, que estimó el recurso de casación interpuesto contra un auto de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, LECrim.; también S. TS 21 de mayo de 1977, RA 2499; en contra, A. TS 7 de julio de 1952, RA 1449).⁶²

IX. EFECTOS DE LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO LIBRE

Vamos a distinguir entre los efectos comunes a todos los sobreseimientos libres que se dicten como alternativa a la apertura del juicio oral, cualquiera que sea el motivo del art. 637, LECrim., en que se funden, y los efectos específicos de algunos sobreseimientos libres en razón al motivo en que se basan —los efectos a que nos vamos a referir a continuación son aplicables al auto de sobreseimiento libre

62. Postura adoptada también por GÓMEZ COLOMER, para quien contra el auto de sobreseimiento libre que se base en el trastorno mental del procesado (artículo 637, 3.º, LECrim.) cabe «recurso de casación por infracción de Ley, pues aunque el art. 848, II, tan sólo autoriza este recurso cuando el sobreseimiento libre lo es al amparo del art. 637.2, lo cierto es que se trata de una resolución definitiva dictada por la Audiencia (art. 848, I, y 636) cuyo fundamento es producto de la aplicación de una ley material, el art. 8, 1.º, CP. El motivo será siempre el del art. 849.1 LECrim.», *Enfermedad mental y delito, op. cit.*, p. 144.

que se funde en que la infracción penal, aun no siendo constitutiva de delito sea una falta.

1. Efectos comunes a los autos de sobreseimiento libre

A) El auto de sobreseimiento libre impide la apertura del juicio oral, bien en su totalidad bien respecto de los hechos o de los procesados a quienes favorezca, con el consiguiente archivo definitivo de la causa (art. 634, III, LECrim.).

B) Las consecuencias para las partes de la terminación del proceso son:

a) Debe dejarse sin efecto el auto de procesamiento, y revocarse todas las medidas cautelares que se hayan adoptado a lo largo del procedimiento.

Respecto de las medidas cautelares adoptadas en garantía del cumplimiento de una sentencia penal de condena, el art. 541, 3.º, LECrim., que reconoce el auto de sobreseimiento como una de las causas de cancelación de la fianza de libertad provisional, debe hacerse extensivo a todas las medidas cautelares garantizadoras de la condena penal.

En cuanto a las medidas cautelares adoptadas en garantía de la pretensión civil que se ejercitó acumuladamente con la penal, deben ser asimismo canceladas;⁶³ así se desprende del art. 635, I, LECrim., a cuyo tenor: «las piezas de convicción cuyo dueño fuere conocido continuarán retenidas si un tercero lo solicitare, hasta que se resuelve la acción civil que se propusiere entablar», precepto con el que, como observó Aguilera,⁶⁴ «sin duda ha querido prevenirse y solucionarse una dificultad, en otro caso imposible de toda solución, cual es el aseguramiento de los derechos del perjudicado por el delito y aun de las personas que tuvieran que deducir alguna reclamación contra tales efectos».

b) Se cancelarán las medidas de seguridad que se hubieren adoptado durante la pendencia del proceso penal, y de las que es ejemplo la suspensión provisional, en determinados casos, del ejercicio de su

63. En este sentido, FENECH, *Derecho procesal penal*, II, *op. cit.*, p. 887, y PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., *op. cit.*, página 319.

64. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, *op. cit.*, p. 553.

cargo por el procesado (art. 383, LOPJ; art. 38, I, del Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, de 27 de febrero de 1969, entre otros).

C) Determina el archivo de las piezas de convicción que no tengan dueño conocido (art. 634, III, LECrim.), o la devolución a su dueño en caso contrario (art. 635, LECrim.).⁶⁵

Esta regla general debe ser objeto de diversas precisiones y excepciones, a las que se refiere el art. 635, LECrim.

a) Se reputará dueño de las piezas de convicción «el que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el juez de instrucción» (art. 635, VI, LECrim.); con ello el legislador ha pretendido dejar intacta la situación anterior a la iniciación del proceso penal.

b) Continuarán retenidas las piezas de convicción, y no se devolverán a su poseedor, cuando «un tercero lo solicitare, hasta que se resuelva la acción civil que se propusiere entablar» (art. 635, I, LECrim.), siempre que el solicitante acredite la iniciación del proceso civil dentro del plazo que el órgano judicial fije (art. 635, II y III, LECrim.).

c) Cuando las piezas de convicción, tengan o no dueño conocido, «entrañen, por su naturaleza, algún peligro grave para los intereses sociales o individuales, así respecto de las personas como de sus bienes, los tribunales, en prevención de aquél, acordarán darles el destino que dispongan los Reglamentos o, en su caso, las inutilizarán previa la correspondiente indemnización, si procediera (art. 635, V, LECrim.). Disposición que es asimismo aplicable cuando se dicten sentencias absolutorias (art. 742, III, LECrim.).

D) El auto de sobreseimiento libre produce efectos de cosa juzgada material, así lo reconoce la doctrina,⁶⁶ la jurisprudencia (Ss. TS

65. Vid. el RD 2783/1976, de 15 de octubre, sobre depósitos judiciales, conservación y destino de las piezas de convicción, y la Orden de 14 de julio de 1983, sobre depósitos judiciales para la conservación de las piezas de convicción.

66. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANJA), *op. cit.*, página 228; PRIETO CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 319; FENECH, *Derecho procesal penal*, II, *op. cit.*, p. 889; MUÑOZ ROJAS, *Notas sobre la jurisdicción y la acción en el ámbito del proceso penal*, en R. D. Proc. Ib., 1977, p. 208, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, pp. 142 y siguientes.

Acerca de las distintas posturas que sobre este punto mantuvo la Fiscalía del

31 de mayo de 1977, RA 2499; 16 de abril de 1979, RA 1639, y 5 de noviembre de 1979, RA 1979, entre otras), y también la ley, pues en este sentido se pronuncia el art. 4, ap. 5, de la Ley de Extradición Pasiva 4/1985, de 21 de marzo.

E) Dictado auto de sobreseimiento libre, las actuaciones sumariales pasan a ser públicas. En este sentido el art. 301, I, LECrim., dispone que: «las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley», y la RO de 25 de mayo de 1927 (Gaceta del 27), precisa, en su número 2, que «esa posibilidad de expedir testimonio de los particulares de un sumario se entiende que alcanza también a los sumarios declarados conclusos por virtud de auto de sobreseimiento libre o provisional».

F) Se abre el plazo para ejercitar la acción por los hechos sobre los que recayó auto de sobreseimiento, y ello tanto si el perjudicado se reservó su ejercicio como si ejercitó la pretensión civil acumuladamente a la penal (arts. 111 y 635, I, LECrim.).

La permisión de ejercitar la pretensión civil una vez dictado auto de sobreseimiento no conoce excepción, pues aun en el caso de dictarse auto de sobreseimiento libre en base al art. 637, -1.º, LECrim., tal resolución no contendrá una declaración de inexistencia de los hechos presuntamente delictivos que es presupuesto para la aplicación del art. 116, I, LECrim.⁶⁷

En cuanto al momento a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción para ejercitar la acción civil, será, a tenor del art. 1969, CC, desde el día en que pudieron ejercitarse, y por tal se entiende la fecha en que el auto de sobreseimiento ganó firmeza, o si hubo notificación al perjudicado y fue posterior, la fecha de ésta (Ss. TS 14 de julio de 1982, RA 4237; 29 de marzo de 1983, RA 1649; 8 de noviembre de 1984, RA 5371, y 9 de mayo de 1986, RA 2675).

Si el ejercicio de la acción penal determinó la suspensión del proceso civil, éste podrá reanudarse desde que el auto de sobreseimiento alcance firmeza.

G) La firmeza del auto de sobreseimiento posibilitará asimismo la iniciación de otros procedimientos por los mismos hechos, o su rea-

Tribunal Supremo a través de diversas Circulares, vid. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, *op. cit.*, p. 540.

67. En este sentido, GÓMEZ ORBANJA, *Comentarios...*, II, *op. cit.*, p. 776; en contra, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, t. I, Ed. Reus, Madrid, 1923, p. 639.

nudación si fueron suspendidos por la iniciación de un proceso penal (art. 114, I, LECrim.) (vid., entre otros, art. 415, II, LOPJ, y art. 66, I, del Reglamento General de la Inspección de Tributos de 14 de mayo de 1986).

H) Desde que el auto de sobreseimiento alcance firmeza comienza a correr el plazo de prescripción de los delitos (art. 114, II, CP). Una vez los delitos hayan prescrito se aplicarán sobre el destino de las piezas de convicción y efectos del delito las normas 2.ª y 4.ª del art. 2.º del RD 2783/1976, de 15 de octubre.

2. Efectos específicos de algunos autos de sobreseimiento libre

A) Efectos del auto de sobreseimiento que se dicte como consecuencia de la no comisión por el procesado de un hecho típico:

a) El art. 638, II y III, LECrim., reserva la posibilidad de que se persiga al querellante por los delitos de acusación falsa o calumnia, a los casos en que se dicte un auto de sobreseimiento libre en base a los motivos 1.º y 2.º del art. 637. No obstante, este precepto debe ser ampliado en dos sentidos:

a') En primer lugar, debe extenderse a los casos en que se dicte auto de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, LECrim., fundado en que el procesado no ha participado en la comisión de los hechos delictivos, pues como dice Quintero Olivares,⁶⁸ «debe tenerse en cuenta que los delitos de acusación y denuncia falsa y de calumnia se producirán no sólo cuando el hecho no sea cierto, sino también cuando aun siendo cierto no ha sido cometido por la persona a quien se le atribuye, pues, en ambos casos, se tratará de una imputación falsa». Y a este caso se refiere, sin duda, el art. 640, *in fine*, LECrim., cuando dispone que: «es aplicable a los procesados a quienes se declare exentos de responsabilidad, lo dispuesto en el artículo 638».

b') Dictado auto de sobreseimiento, podrá perseguirse por los delitos de acusación falsa o calumnia, no sólo al querellante (art. 638, II y III, LECrim.), sino también al denunciador (art. 325, III y 453 CP).⁶⁹

b) El art. 638, I, LECrim., dispone que: «en los casos 1.º y 2.º del artículo anterior podrá declararse, al decretar el sobreseimiento, que

la formación de la causa no perjudica a la reputación de los procesados».

Pero la declaración que la Audiencia Provincial puede efectuar en el auto de sobreseimiento, y que el art. 638, I, LECrim., limita a los casos en que se dicte un auto de sobreseimiento libre en base a los motivos 1.º y 2.º del art. 637, LECrim., debe extenderse también a los casos en que el sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, LECrim., se dicte porque el procesado no ha realizado los hechos delictivos, y en este sentido debe interpretarse el art. 640, *in fine*, LECrim.

B) El auto de sobreseimiento libre puede dar derecho a la indemnización por error judicial prevista en el art. 294, 1, LOPJ, a cuyo tenor: «tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

Dos son los casos en que los autos de sobreseimiento libre pueden dar derecho a indemnización a favor de quien sufrió prisión preventiva: el primero, cuando el sobreseimiento se base en el art. 637, 1.º, LECrim., porque «no existan indicios racionales de haberse perpetuado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa», pues si bien en este caso el sobreseimiento no declara la inexistencia del hecho imputado, se equipara a él; el segundo, el sobreseimiento libre que se base en el art. 637, 3.º, LECrim., por haber participado los procesados en la realización de los hechos delictivos, pues como declaró la resolución de 31 de diciembre de 1986: «... En realidad, cuando se prueba que una persona no cometió un hecho que se le había imputado, puede hablarse con propiedad de la inexistencia de ese hecho tal y como lo había definido la imputación, es decir con la persona imputada en el papel de sujeto de la acción. La mejor doctrina ha acuñado para estos casos la fórmula de inexistencia subjetiva del hecho...» (también la Resolución 28 de enero de 1987).

No habrá, en cambio, derecho a indemnización cuando aun existiendo el hecho éste no es constitutivo de delito (Resolución 21 de octubre de 1986).

68. QUINTERO OLIVARES, *Notas sobre la acusación falsa*, en R.J.C., 1976, p. 822.

69. También AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, t. IV, op. cit., pp. 584 y 585.

**LA ACCION CESATORIA
Y LA MEDIDA CAUTELAR DE CESACION
EN EL DERECHO DE MARCAS ESPAÑOL.
REFLEXIONES AL HILO DE LA LEY DE PATENTES
Y DEL PROYECTO DE LEY DE MARCAS**

César GINER PARREÑO

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El ámbito de aplicación de la Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Patentes. — III. El Proyecto de Ley de Marcas: 1. Observaciones preliminares; 2. Dos aspectos procesales de la medida cautelar de cesación: A) El principio «*audiatur et altera pars*»; B) Los criterios de concesión de la medida cautelar de cesación; 3. La legitimación de las Asociaciones de Consumidores para entablar la acción cesatoria en el supuesto de usurpación de la marca. — IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La atribución al titular de la patente usurpada de la acción cesatoria y la medida cautelar de cesación significa, a todas luces, uno de los importantes avances que incorpora la Ley de Patentes 11/1986 (en adelante LP) en orden a la protección de su derecho de exclusiva.¹

1. El artículo 63 de la LP dispone que: «El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar: a) la cesación de los actos que violen su derecho.» A su vez el artículo 134.1 LP nos dice que se podrán adoptar como medidas cautelares: «la cesación de los actos que violen el derecho del peticionario».

La acción cesatoria ha sido reclamada con insistencia por la doctrina espa-

En cambio, este aspecto de la LP contrasta abiertamente con el Estatuto de la Propiedad Industrial, cuyo régimen establecido en el artículo 123 legitima al titular de la marca para entablar acciones civiles y penales contra aquellos que lesionen su derecho, pero no regula ni la acción cesatoria ni la medida cautelar de cesación.²

La ausencia de la acción cesatoria en el derecho de marcas ha venido atenuándose por el Tribunal Supremo, que en una labor encomiable la ha reconocido en algunos casos.³ Sin embargo, la tutela eficaz del derecho de exclusiva que el Ordenamiento Jurídico debe conferir al titular de la marca reclama la incorporación al mismo de la acción cesatoria y de la medida cautelar de cesación.⁴

fiola tanto para el derecho de patentes como para el derecho de marcas. En efecto, GARRIGUES dice que «si viniéramos al terreno de las patentes, las lagunas y contradicciones son enormes, porque como se centra la protección del empresario sobre el ejercicio de acciones penales, se omite... la acción de cesación». También son elocuentes las palabras de BERCOVITZ: «Lo que es evidente es que en el Ordenamiento Jurídico español no están previstas legalmente acciones específicas de naturaleza civil tendentes a proteger los derechos de los titulares de patentes... En particular es lamentable que no esté reconocida una acción de cesación... cuyo ejercicio pudiera poner fin rápidamente a una violación de patente ya iniciada, aunque en un primer momento no se impusiera la cesación sino como medida provisional.» Fernández Novoa y Gómez Segade reconocen igual defecto tanto en el derecho de marcas como en el derecho de patentes para justificar la preeminencia de la acción de cesación en nuestro Ordenamiento Jurídico, en orden a la protección del titular de una marca —o patente.

Para mayor información, vid. GARRIGUES, *La propiedad industrial y la empresa*, en ADI, 1977, tomo IV, p. 22; A. BERCOVITZ, *La nueva Ley de Patentes*, Madrid, 1986, pp. 36 y ss.; Id., *Problemática y reforma del Derecho de patentes español*, Madrid, 1978, p. 93. FERNÁNDEZ NOVOA y GÓMEZ SEGADE, *La modernización del Derecho español de patentes*, Madrid, 1984, p. 208; FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de marcas*, Madrid, 1984, pp. 288 y 289; GÓMEZ SEGADE, *Características generales y algunos aspectos concretos de la nueva Ley española de Patentes*, en ADI, tomo XI, 1985-1986, pp. 42-45; BOTANA AGRA, *Transmisión y defensa de la patente en la nueva Ley española de Patentes*, en ADI, tomo XI, 1985-1986; pp. 121 y ss.; GARCÍA LUENGO, *Algunos problemas relacionados con la acción por usurpación de patente*, en ADI, tomo II, 1977, pp. 129 y ss.

Por otra parte, la Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales de 12 de marzo es un importante precedente en esta materia, ya que reconoce la acción de cesación en su artículo 18. 5. a). Vid., en este sentido, QUINTANA CARLO, *La protección de las obtenciones vegetales y la ley española de marzo de 1975*, en ADI, tomo II, 1975, pp. 244 y ss.

2. Para un análisis del artículo 123 EPI, vid. por todos FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos*, cit., pp. 283 y ss.

3. Vid. STS de 4 de mayo de 1945 (AJ 1945, núm. 575) y STS de 27 de enero de 1948 (AJ 1948, núm. 139). FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos*, cit., pp. 286-289.

4. Vid., sobre esta misma idea, FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos*, cit., p. 289; BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial*, Madrid, 1978, pp. 901 y 902.

Pues bien, esa incorporación a nuestro Ordenamiento de la acción cesatoria y la medida cautelar de cesación parece haberse producido en la nueva Ley de Patentes, cuya disposición derogatoria 1.ª, a), pretende la vigencia para el derecho de marcas de estos instrumentos de protección del derecho de exclusiva.

De ahí que convenga estudiar, por un lado, el ámbito de aplicación de la referida disposición derogatoria y, por otro lado, las perspectivas que contiene el reciente Proyecto de Ley de Marcas (en adelante PLM) sobre la acción cesatoria y la medida cautelar de cesación.

En todo caso, se hace preciso identificar para el objeto de nuestra tarea ambas medidas de protección del titular de la marca. Con la medida cautelar de cesación, añadida a la demanda que aspira a que se reconozca la usurpación de la marca, el titular de la marca presuntamente usurpada⁵ solicita del juez que dicte un mandato requiriendo al usurpador a que se abstenga del uso de la marca en tanto que en el juicio plenario se dicte sentencia definitiva. En cambio, con el ejercicio de la acción cesatoria, el titular de la marca pide al juez un pronunciamiento definitivo que conmine al demandado a la cesación de la actividad de usurpación y a la abstención para el futuro.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA 1.ª DE LA LEY DE PATENTES

La LP declara en su disposición derogatoria 1.ª, a), que «... las patentes, modelos de utilidad y cualesquiera modalidades de la propiedad industrial quedarán sujetas en cuanto a jurisdicción, competencia y procedimientos a las normas establecidas en esta ley».

Es indudable que en virtud de tal disposición derogatoria primera, el derecho de marcas español se rige, desde la entrada en vigor de la LP, por lo que establece el Título XIII de la LP cuya rúbrica es, precisamente, de la «jurisdicción y normas procesales».

Esa remisión implica la aplicación al derecho de marcas de la medida cautelar de cesación que figura entre las normas del Título XIII —artículo 134.1.⁶

5. En adelante utilizaremos el término «usurpación de la marca» en el amplio sentido de violación del derecho de exclusiva perteneciente al titular de la marca. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos*, cit., p. 286, nota 51.

6. Vid., en el mismo sentido, Alberto BERCOVITZ, *La nueva Ley de Patentes*,

Sin embargo, esta deducción literal de la disposición derogatoria 1.ª, a), de la LP puede completarse mediante una interpretación sistemática de los Títulos XIII y VII de la LP que nos conducirá a la vigencia de la acción de cesación en el derecho de marcas. El motivo que nos induce a llevar a cabo una interpretación sistemática de las normas contenidas en esos Títulos de la LP es la apreciación de la naturaleza jurídica de los procesos cautelares.

En efecto, si el proceso cautelar tan sólo está concebido en función y como procedimiento instrumental o subordinado a otro proceso principal y, en ocasiones, posterior, la medida cautelar de cesación, al participar de la naturaleza jurídica de los procesos cautelares, presupone el planteamiento posterior, coetáneo o, en su caso, previo, de un proceso principal, cuyo objeto litigioso se asegura con esta medida cautelar. El proceso principal, en nuestro caso, podría ser el que se suscitase como consecuencia del ejercicio de la acción de cesación.⁷

Esa vinculación entre la acción cesatoria y la medida cautelar de cesación encuentra apoyo en los artículos 133.2 y 139.1 de la LP, y en el artículo 37.1 del Anteproyecto de Ley de Marcas (en adelante ALM).

En primer lugar, el artículo 133.2 de la LP, entendido en relación con la medida cautelar de cesación, nos dice que «las medidas cautelares podrán solicitarse previamente a la interposición de la demanda, conjuntamente con la misma o con posterioridad a ella, tramitándose, en todo caso, en pieza separada». Esta norma nos pone de relieve que la medida cautelar en estudio está subordinada al planteamiento de la demanda principal, hecho que se confirma en el ar-

tículo 139.1 LP que deja sin efecto a la medida cautelar de cesación si no se interpone la acción principal en el plazo de los dos meses siguientes al auto que acuerde la medida cautelar que comentamos.

Finalmente, cuando el artículo 37.1 ALM establece, como uno de los requisitos para conceder la medida cautelar de cesación, que «... el titular de la marca usurpada invoque fundadamente la probabilidad de que prospere la acción de usurpación en el juicio plenario...», vuelve a ponernos de manifiesto la conexión de la medida cautelar solicitada con la acción principal.

Teniendo presente, como hemos visto, la vinculación del proceso cautelar con el planteamiento de un proceso principal, deducimos que la disposición derogatoria 1.ª, a), de la LP no sólo afecta al Título XIII LP, sino también al Título VII de esta Ley que regula las acciones por violación del derecho de patente. Por esta razón podemos afirmar que la acción cesatoria se encuentra vigente en el derecho de marcas español, ya que este instrumento de tutela del derecho de exclusiva figura entre las normas contenidas en el Título VII de la LP —artículo 63, a).

III. EL PROYECTO DE LEY DE MARCAS

1. Observaciones preliminares

El Consejo de Ministros, por acuerdo del día 8 de octubre de 1987, ha remitido a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Marcas.

El Preámbulo del PLM señala acertadamente que: «Uno de los defectos más acusados de la vigente legislación es que no otorgaba los instrumentos necesarios para que el titular pudiera obtener la cesación inmediata de los actos de violación de su derecho de marca, con lo que este derecho de exclusiva estaba, en el fondo, prácticamente vacío de contenido.»

Confirmando estas palabras, el PLM regula en su artículo 37, a), la acción cesatoria. Por otro lado, los redactores del Proyecto no han olvidado a la medida cautelar de cesación por la remisión que realiza el artículo 41 del Proyecto a las normas contenidas en el Título XIII de la LP, dentro de las cuales se encuentra el artículo 134.1 que regula esta medida especial. No obstante, la medida cautelar de cesación puede ser inferida por la redacción abierta que se utiliza en los artículos 36 *in fine* y 37, c), del PLM. En este sentido, el artículo 36

Madrid, 1986, pp. 78 y 79. Esta opinión parece ser corroborada por el Preámbulo del reciente proyecto de Ley de Marcas remitido por el Gobierno a las Cortes Generales. Así, dicho Preámbulo dice que: «La situación, común a todas las modalidades de propiedad industrial, fue paliada con la medida que la Ley de Patentes prevé en su Disposición Derogatoria, al disponer que "todas las modalidades de propiedad industrial quedarán sujetas en cuanto a jurisdicción, competencia y procedimientos a las normas establecidas en esta Ley". La nueva Ley se limita a declarar expresamente aplicables a las marcas las disposiciones que sobre esta materia se contienen en la Ley de Patentes.»

7. Entendemos que en la práctica el titular de la marca usurpada solicitará la medida cautelar de cesación al tiempo que en la demanda principal pedirá al juez un pronunciamiento definitivo que condene al demandado a la cesación de la actividad de usurpación y a la abstención para el futuro. En cambio, es posible que junto a la medida cautelar de cesación sea ejercitada cualquiera de las acciones comprendidas en el Título VII LP que sean compatibles con la naturaleza de las marcas.

legítima al titular de la marca para «... exigir las medidas necesarias para la salvaguardia —de su derecho—», mientras que el artículo 37, c), habilita al titular de la marca cuyo derecho sea lesionado para pedir «la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación».

2. Dos aspectos procesales de la medida cautelar de cesación

A) El principio «audiatur et altera pars»

Si el titular de una marca usurpada solicita de un tribunal una medida cautelar de cesación, deberán seguirse los trámites procesales previstos para dicha medida especial en los artículos 135 y siguientes de la LP, por obra, como hemos dicho, de la remisión que realiza el artículo 41 PLM al Título XIII LP.

Ahora bien, la doctrina española ha denunciado que el procedimiento de concesión de las medidas cautelares no resuelve, contundentemente, si han de concederse con o sin la audiencia del demandado.⁸

Esas dudas que presenta el procedimiento de concesión de las medidas cautelares sobre la vigencia del principio de audiencia al demandado se resuelve a la luz de los antecedentes legislativos de la LP y del artículo 125.4 LP que, como vamos a ver, consagran el principio *audiatur et altera pars*.

A este respecto, interesa que contrastemos, en primer lugar, los párrafos primero y segundo del artículo 135 de la LP con los artículos 225, 226 y 227 del Anteproyecto de Ley de patentes y modelos de utilidad de 1970 (en adelante ACO),⁹ para poner de relieve que el artículo 135 LP ha omitido el trámite procesal de comparecencia y contestación a la pretensión del actor. El silencio que mantiene la LP sobre dicha actividad procesal puede ser la causa que induzca al intérprete a dudar sobre la vigencia del principio de audiencia al demandado en el procedimiento de concesión de las medidas cautelares.

8. Vid. Luis MUÑOZ SABATÉ, *Las medidas cautelares en la LP*, en *Revista La Ley*, núm. 1.652, 20 de febrero de 1987, pp. 1 y ss.; MONTÓN REDONDO, *Líneas generales de la nueva normativa procesal en materia de patentes y modelos de utilidad*, en *Revista La Ley*, núm. 1.589, 21 de noviembre de 1986.

9. Vid. «Documentación n.º 38 preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Patentes», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, n.º 154-1, tomo I, pp. 383 y ss.

En efecto, el párrafo primero del artículo 135 LP afirma que: «La solicitud de medidas cautelares se formulará por escrito. En este escrito, el peticionario concretará las medidas que solicite, en relación con los actos de que se trate, y propondrá las pruebas que estime convenientes, acompañando la de carácter documental.» Por otro lado, su párrafo segundo dispone que: «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 que estime convenientes con el fin de formar criterio sobre la procedencia de las medidas cautelares solicitadas.»

La redacción de estos párrafos del artículo 135 LP nos presenta un problema de coordinación, ya que el artículo 135.2, al introducir la pluralización del término «parte», da por supuesta tanto la comparecencia del demandado y la contestación a la pretensión del actor como el plazo en el que el demandado deberá realizar esta actividad procesal.

Esa falta de coordinación entre los párrafos primero y segundo del artículo 135 LP no aparece en las normas que hemos citado del ACO. En este sentido, el ACO reproduce literalmente en su artículo 225 la norma del párrafo primero del artículo 135 LP. Por otra parte, el artículo 227 ACO presenta el mismo contenido que el artículo 135.2 LP. Finalmente, el eslabón que engarza los trámites procesales de los artículos 225 y 227 del ACO aparece en su artículo 226, en cuya virtud «el Juez dará traslado de la solicitud al demandado y le emplazará para que en el término de quince días comparezca y conteste a la pretensión del actor proponiendo la prueba que estime conveniente y acompañando la de carácter documental».

Como observamos, las normas que hemos comentado del ACO nos indican que el artículo 135 LP omite un importante párrafo que debería haber regulado la actividad procesal prevista en el artículo 226 ACO, cuya situación en el texto del artículo 135 LP sería la de su actual párrafo segundo.¹⁰

En segundo término, la solución al problema de la ausencia del trámite procesal de comparecencia y contestación a la pretensión del actor se encuentra en el artículo 125.4 LP, que remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en todo lo no previsto en el Título XIII LP.

10. La omisión que comentamos aparece también en el Proyecto de Ley de Patentes de 3 de junio de 1985, cuyo artículo 133 presenta el mismo contenido que el artículo 135 LP.

En nuestro caso, será aplicable el Título III del Libro II de la LEC relativo a los «incidentes», cuyo artículo 749 dispone que: «Promovido el incidente, y formada en su caso la pieza separada —como exige, en todo caso, el artículo 133.2 de la LP—, se dará traslado a la parte contraria por término de seis días, para que conteste concretamente sobre la cuestión incidental.»

En suma, por obra del artículo 749 LEC, integramos el incompleto sistema procesal del artículo 135 LP, y, además, despejamos las posibles dudas en torno a la vigencia del principio *audiatur et altera pars*, ya que, como hemos visto, la norma de la LEC consagra, a todas luces, la comparecencia y contestación del demandado a la pretensión del actor.

B) Los criterios de concesión de la medida cautelar de cesación

El artículo 37 del Anteproyecto de Ley de Marcas (ALM) contiene unos criterios específicos, de sabor marcadamente norteamericano, a los que el juez debe someterse para conceder o denegar la medida cautelar de cesación.¹¹

Estos criterios son: la «probabilidad de éxito» de la acción de usurpación en el juicio plenario, la existencia de un «daño irreparable» para la marca y, finalmente, la «valoración de los inconvenientes» que la medida cautelar de cesación cause a las partes.

Así, el artículo 37 ALM dispone que: «Cuando el titular de la marca usurpada invoque fundadamente la probabilidad de que prospere la acción de usurpación en el juicio plenario, y justifique la inminencia de un daño irreparable para la marca, el juez ordenará mediante auto apelable en un solo efecto que el usurpador demandado se abstenga de usar la marca en tanto no se dicte sentencia definitiva.» A su vez, el párrafo segundo nos dice que: «Al dictar el auto de cesación provisional, el juez tendrá en cuenta si los perjuicios provocados al demandado por consecuencia del auto son previsiblemente inferiores

11. El artículo 37 del ALM tiene su origen en lo que en Derecho norteamericano se conoce como *preliminary injunction*, u orden de cesación. La *preliminary injunction* es como una medida cautelar por la que el Tribunal decreta que, mientras la litis esté pendiente, el demandado debe abstenerse de ejercitar los derechos que invoca. Vid. *Comentario a la STS de 18 de mayo de 1976*, por FERNÁNDEZ NOVOA, en *ADI*, tomo V, 1978, pp. 381 y ss., con ulteriores citas de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas. El Anteproyecto de Ley de Marcas puede consultarse en *ADI*, tomo X, 1984-1985, pp. 490 y ss.

a los perjuicios que en otro caso experimentaría el demandante. Este prestará caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que el auto pueda ocasionar al demandado.»

Pues bien, como hemos dicho, el Proyecto de Ley de Marcas (PLM) no dedica un Título específico que regule los aspectos procesales del derecho de marcas, sino que su artículo 41 se remite al Título XIII LP en todo lo relativo a la jurisdicción y normas procesales.

Por otro lado, la norma destinada en el Título XIII LP a la regulación de la medida cautelar de cesación —artículo 134.1— no establece, expresamente, unos criterios que el juez deba valorar para la atribución al titular de la marca usurpada de esta medida especial. Sin embargo, dado que el artículo 135 LP concede amplias facultades tanto a las partes, para que aporten las pruebas que estimen convenientes, como al juez, para que acuerde la práctica de las diligencias y pruebas que crea oportunas, nada impide que los criterios a los que hemos aludido sean considerados para que el juez forme criterio sobre la procedencia de la medida cautelar de cesación solicitada. Este hecho se confirma en el artículo 137.2 LP, el cual nos sugiere que el juez ha valorado los inconvenientes que el auto de concesión de la medida cautelar de cesación puede ocasionar a las partes. En este sentido, esa norma dispone que: «En caso de que las medidas cautelares impliquen restricciones para la actividad industrial o comercial del demandado, el juez señalará, al tiempo de acordarlas, el importe de la fianza mediante la prestación de la cual dicho demandado podrá sustituir en cualquier momento la efectividad de dichas medidas restrictivas acordadas.»

Si bien estas consideraciones son ciertas, creemos que las normas de la LP relacionadas con la medida cautelar de cesación merecen algunas reflexiones:

En primer lugar, el criterio de la «valoración de los inconvenientes», mencionado en el párrafo segundo del artículo 137, debería haberse regulado junto a los criterios del «daño irreparable» y de la «probabilidad de éxito» en el artículo 134 LP, en aras a una mayor claridad del régimen jurídico aplicable a la medida cautelar de cesación. Tengamos presente, en este sentido, que el Título XIII LP no sólo se aplicará a las patentes, sino a todas las modalidades de la Propiedad Industrial, como se deduce de la disposición derogatoria primera, a), LP y del artículo 41 PLM.

En segundo lugar, la regulación en el artículo 134 LP de los cri-

terios de concesión de la medida especial en estudio no plantea dificultades, ya que, si bien están previstos para las marcas, son aplicables a las patentes porque protegen un mismo valor jurídico, a saber, el derecho de exclusiva mientras la litis esté pendiente.

En tercer lugar, la incorporación de tales criterios al artículo 134 LP parece que habría facilitado la decisión judicial, ya que no debemos olvidar que los jueces pueden mostrarse remisos a la concesión de una medida especial de tanta trascendencia como la medida cautelar de cesación. A este respecto, la experiencia judicial norteamericana ha demostrado que la medida cautelar de cesación tiene un carácter extraordinario y una naturaleza drástica, por lo que los tribunales han de concederla con una gran cautela.¹²

En cuarto lugar, observemos cómo los criterios que analizamos puede que concreten la actividad probatoria de las partes eliminando cualquier tipo de prueba no conducente a su verificación, por lo que el procedimiento de concesión de la medida cautelar de cesación tendría una mayor celeridad y dotaría a esta medida especial de la necesaria intermediación para su eficacia.

Finalmente, si bien, como hemos dicho, el artículo 137.2 regula, sustancialmente, el criterio de la valoración de los inconvenientes, conviene que realicemos un análisis que compare este precepto con el artículo 37.2 ALM y que, al mismo tiempo, valore la protección que ofrecen estas normas al derecho de exclusiva del demandante durante el juicio plenario sobre la usurpación de la marca.

La LP tutela los intereses del presunto usurpador frente a la solicitud de una medida cautelar de cesación, mediante la fijación de una caución que deberá prestar el peticionario de la medida cautelar de cesación —artículo 137.1— y, además, con la implantación de una fianza con cuya prestación el demandado podrá levantar la medida cautelar de cesación que el juez acuerde —artículo 137.2.

La fijación de una caución que garantice los posibles daños y perjuicios que el auto de concesión de la medida cautelar en estudio cause al presunto usurpador nos parece una legítima opción en orden a su protección. En cambio, la regulación de un sistema de fianza puede que vulnere la eficacia de la medida cautelar de cesación y, por tanto, el derecho de exclusiva del demandante que esta medida especial trata de salvaguardar durante el juicio plenario sobre la usurpación.

12. Vid. *Comentario a la STS de 18 de mayo de 1976*, cit., pp. 381 y ss.

En nuestra opinión, la tutela del presunto usurpador frente a la solicitud de una medida cautelar de cesación por el titular usurpado debe producirse con su audiencia, en la que tratará de desvirtuar los argumentos del demandante encaminados a la verificación de la concurrencia de los criterios de concesión de esta medida cautelar, y con la prestación de la caución por el peticionario de la medida cautelar de cesación que garantice los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse al demandado.

Pues bien, ese sistema de fianza que la LP incorpora en su artículo 137.2 contrasta con el régimen del artículo 37.2 ALM que, si bien regula la caución a la que hace referencia el párrafo primero del artículo 137, no habilita al demandado para que levante la medida cautelar de cesación mediante el pago de la oportuna fianza.

En conclusión, el régimen del artículo 37.2 ALM evita que el presunto usurpador de la marca levante la medida cautelar de cesación con la prestación de fianza, y que continúe produciéndose, *pendente lite*, un daño que puede ser irreparable para el derecho de exclusiva del titular de la marca usurpada, con lo que se pone de manifiesto que la protección del derecho de exclusiva del titular de la marca es más eficaz en el artículo 37.2 ALM que en el 137.2 LP.

Por último, en relación estrictamente con las marcas, como bien inmaterial en contacto con los consumidores, el artículo 37 ALM no introduce un criterio de valoración¹³ que atienda a «... el fortalecimiento de la tutela pública de los consumidores...» como justificación de una «... nueva regulación jurídica de los signos distintivos».¹⁴ Así, para una tutela eficaz de los consumidores, el juez debe de tener la facultad de decretar la medida cautelar de cesación en atención al riesgo de confusión de los consumidores motivado por la usurpación de la marca. Esta opinión se apoya en el artículo 51 de la Constitución (CE), que reclama procedimientos eficaces para la tutela de los consumidores, y en los criterios que inspiran a la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios (LGCU).

13. MacCarthy estima con acierto que son cinco los requisitos que ha de valorar el Tribunal para decretar una *preliminary injunction*: a los tres ya mencionados añade los requisitos del mantenimiento del *status quo ante litem* y de la protección de los terceros. Vid. *Comentario a la STS de 18 de mayo de 1976*, cit.

14. Vid. *Preámbulo de PLM*.

3. La legitimación de las Asociaciones de Consumidores para entablar la acción cesatoria en el supuesto de usurpación de la marca

Buscando de nuevo el apoyo en nuestro texto constitucional, y en la LGCU, estimo que las Asociaciones de Consumidores deberían desempeñar un papel activo en la defensa de sus propios intereses y del mercado, mediante la legitimación activa para el ejercicio de la medida cautelar de cesación y de la acción cesatoria.

Sin duda, por la usurpación de la marca resultan perjudicados tanto el empresario titular de la misma como el consumidor a quien se dirige la oferta, promoción y publicidad de los productos dotados con la marca, ya que, como señala la doctrina española, «... son fundamentalmente dos los intereses que trata de proteger el Ordenamiento Jurídico al conferir el derecho de exclusiva sobre la marca. Por un lado, el interés particular del titular de la marca, quien pretende que se pueda distinguir con absoluta nitidez las mercancías o servicios que ofrece en el mercado. Y, por otro lado, el interés general del público de los consumidores de acudir a un mercado transparente en donde se elimine todo error en orden al origen empresarial de los productos y servicios».¹⁵

En este sentido, estimamos que la marca, en cuanto bien inmaterial, no tiene razón de ser sin la existencia de una actividad de consumo. En concreto, toda marca cumple dos importantes funciones para los consumidores: la función indicadora del origen empresarial y la función indicadora de la calidad.¹⁶

Con respecto a la primera, el consumidor, al contemplar una marca puesta en relación con un producto o servicio, piensa, lógicamente, que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa de la que proceden todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados con la marca.

Se comprende que el consumidor resulta perjudicado por la usurpación de la marca, ya que la marca usurpadora muestra un producto o servicio con un origen empresarial distinto al de la marca usurpada.

15. Vid., por todos, OTERO LASTRES, *La autorización del anterior titular de la marca y la protección de los consumidores*, en ADI, tomo III, 1976, pp. 285 y ss., con ulteriores citas.

16. Sobre las funciones de la marca, vid. FERNÁNDEZ NOVOA, *Las funciones de la marca*, en ADI, tomo V, 1978, pp. 33 y ss.

De esta forma, los consumidores serán confundidos y el mercado carecerá de la transparencia necesaria para su funcionamiento correcto.

Por lo que respecta a la función indicadora de la calidad, la experiencia cotidiana pone al descubierto cómo la contemplación de una marca enlazada con un producto suscita, normalmente, en el ánimo del consumidor, la creencia de que tal producto posee determinadas características. En suma, en el plano socio-económico la marca es un signo que proporciona al consumidor información sobre una calidad relativamente constante del producto o del servicio. En el plano jurídico, la marca denota consistencia de la calidad.

En este sentido, los consumidores pueden sufrir considerables perjuicios como consecuencia de la usurpación de la marca, ya que el usurpador, aprovechándose de la calidad que la marca usurpada representa en el ánimo de los consumidores, producirá normalmente productos de inferior calidad para obtener unas ganancias fugaces. Observemos que cuanto mayor sea la calidad de los productos o servicios, mayor es el perjuicio que se irroga a los consumidores.

A nuestro juicio, el fundamento de la concesión de la acción cesatoria a los consumidores estriba en introducir un instrumento de control nuevo de los productos o servicios que accedan al mercado. De esta forma, el ánimo de los posibles usurpadores de una marca se verá sensiblemente enfriado, ya que la legitimación de los consumidores para entablar la acción cesatoria operará como una criba o cedazo complementario a la legitimación de todo titular de una marca para ejercitar la acción cesatoria en el caso de usurpación de la marca.¹⁷

17. En realidad, la teoría que sostengo no hace sino insertarse dentro del marco de la nueva corriente del Derecho Mercantil, que busca un Derecho más social que ofrezca al consumidor, como protagonista importante del tráfico económico, una tutela más intensa. En este sentido puede consultarse Juan Ignacio FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, 1987, pp. 1 y ss.; vid. también FONT GALÁN, *¿Hacia un sistema jurídico mercantil de «faz completamente nueva»? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social*, en RDM, núm. 177, 1985, pp. 381 y ss.; OTERO LASTRES, *La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, p. 760; POLO DIEZ, *Reflexiones sobre la reforma del Ordenamiento Jurídico Mercantil*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, pp. 616 y ss.; FERNÁNDEZ NOVOA, *Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*, en RDM, núm. 95, 1965, pp. 37 y ss.; GARRIGUES, *La propiedad industrial y la empresa*, en ADI, tomo V, 1977, pp. 1 y ss.; GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964, pp. 1 y ss.

Pues bien, existe un cauce en nuestro Ordenamiento Jurídico por el que posiblemente se podría construir la teoría del ejercicio de la acción cesatoria por las Asociaciones de Consumidores frente al presunto usurpador de una marca, cual es el artículo 8.3 LGCU, que atribuye legitimación procesal a aquéllas en procedimientos administrativos para perseguir y hacer cesar la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades y servicios. Sin embargo, este cauce diseñado por la LGCU es, en mi opinión, escasamente aprovechable. Hay que tener presente que el artículo 8.3 otorga legitimación procesal a las Asociaciones de Consumidores en procedimientos administrativos. Por muy amplia que sea la interpretación que se propugne, creemos que no abarca a la legitimación en el orden jurisdiccional civil.¹⁸

Por las razones expuestas considero que —*de lege ferenda*— en la futura Ley de Marcas debería concederse legitimación a las Asociaciones de Consumidores para entablar la medida cautelar de cesación, como paso previo al ejercicio de la acción cesatoria.¹⁹

18. Vid. FONT GALÁN, *Constitución económica...*, ob. cit., p. 120, nota 236; vid. STC de 30 de noviembre de 1982 (BOE de 29 de diciembre de 1982), que reconoce la constitucionalidad de la legitimación procesal activa de las Asociaciones de Consumidores.

19. Ahora bien, debemos realizar una serie de puntualizaciones: que las Asociaciones de Consumidores deban tener legitimación activa para entablar la acción de cesación no quiere decir que también deba tener legitimación activa el consumidor individual, ya que como ha puesto de relieve la doctrina, éste nada más piensa en la eventual indemnización por daños y perjuicios. En este sentido, para el consumidor individual la cesación de la actividad concreta no entra en sus planes, ya que descubierto el fraude ocasionado por el engaño, ha eliminado el peligro de repetición porque no volverá a escoger el producto. (Vid. SOL BACHARACH DE VALERA, *La legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores para entablar la acción de cesación*, en ADI, 1983, pp. 163 y 164.) Además, para apreciar la legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores, éstas han de reunir una serie de requisitos: en primer lugar, deben poseer un fin determinado, dentro del cual se comprenda la actividad que vayan a ejecutar, como se desprende del espíritu del artículo 20 LGCU; en segundo término, las Asociaciones de Consumidores tienen que desarrollar una actividad real y no teórica en el plano de la protección de los consumidores. Así, no basta con que los Estatutos prevean teóricamente esta actividad; finalmente, las Asociaciones de Consumidores deben combatir los abusos donde la víctima es manifiestamente el consumidor (vid. OTERO LASTRES, *La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita*, en ADI, tomo IV, 1977, páginas 113 y ss.).

El artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece, en mi opinión, un apoyo nada desdeñable a la teoría del ejercicio de la acción cesatoria por las Asociaciones de Consumidores. Dispone este párrafo que: «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales

IV. CONCLUSIONES

Primera. A la luz de la disposición derogatoria 1.ª, a), LP y en base a una interpretación sistemática de los Títulos XIII y VII de esta ley que tenga presente la naturaleza jurídica de los procesos cautelares, la acción cesatoria y la medida cautelar de cesación se encuentran vigentes en el derecho de marcas.

Segunda. El procedimiento de concesión de las medidas cautelares debe interpretarse bajo el principio *audiatur et altera pars*, como se deduce del artículo 749 LEC, que sería la norma de la LEC aplicable según la remisión que realiza el artículo 125.4 LP.

Tercera. Las normas destinadas en el Título XIII de la LP que afectan a la medida cautelar de cesación adolecen de dos inconvenientes, derivados, por un lado, de la ausencia en el artículo 134 LP de los criterios de concesión de esta medida especial previstos en el artículo 37 del ALM, y, por otro lado, del sistema de fianza del artículo 137.2 LP, que desvirtúa la eficacia de la medida cautelar de cesación en orden a la tutela del derecho de exclusiva del titular de la marca usurpada durante el juicio plenario sobre la usurpación de ésta.

Cuarta. A causa del riesgo de confusión que sufren los consumidores por la usurpación de la marca, sería conveniente que en la futura Ley de Marcas se incluyera, por una parte, el criterio de la «protección de los terceros» para que el juez valore la concesión de la medida cautelar de cesación, y por otra parte, la legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores para el ejercicio de la acción de cesación.

como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.»

LA JURISDICCION DE EQUIDAD ES EXCLUSIVA DE LOS ARBITROS Y NO PUEDE SER REVISADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Sala Segunda del Tribunal Constitucional, recurso de amparo número 508/1987. Sentencia número 43/1988, de 16 de marzo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Gloria Begué Cantón, Presidenta; don Angel Latorre Segura, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 508/1987, promovido por «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima» (EMPETROL), representada por la Procuradora doña María Rosa Vidal Gil y asistida del Letrado don Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, contra Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1987, que estima recurso de nulidad contra laudo de equidad. Ha

comparecido, además del Ministerio Fiscal, la Entidad mercantil «Fletamentos Marítimos, Sociedad Anónima», representada por el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna y asistida del Letrado don Fernando Rodríguez de Rivera y Morón. Ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 15 de abril de 1987, la Procuradora doña María Rosa Vidal Gil, en nombre de la «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima» (EMPETROL), interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1987.

2. El recurso se funda en los siguientes hechos:

Entre la Compañía naviera «Fletamentos Marítimos, Sociedad Anónima» (MARFLET), armadora del buque-tanque petrolero «Barcelona», fletado en contrato de largo plazo por

EMPETROL, y ésta última sociedad surgió una controversia sobre si dicho buque reunía o no los necesarios certificados de navegación internacionalmente exigibles y se hallaba en condiciones de navegabilidad, lo que aparejaba la cuestión de trascendencia económica relativa a si era procedente o no el devengo de esperas y demoras por el fletador con anterioridad a cursar órdenes de viaje.

La controversia fue deferida a un arbitraje de equidad por acuerdo judicial, que se formalizó por auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, de 10 de junio de 1985. Ante las discrepancias de las partes sobre la formulación de la controversia, el Juez aceptó las propuestas de una y otra, quedando fijado de esta manera el objeto del arbitraje:

A) A propuesta de MARFLET:

I. Si la posesión y presentación de los certificados que ha de tener el buque conforme a la póliza y legislación vigente:

a) Confirman haberse realizado en tiempo y satisfactoriamente los reconocimientos reglamentarios exigidos por las autoridades competentes.

b) Acreditaban que el buque se encuentra en condiciones de navegabilidad y seguridad exigible conforme a la póliza.

II. En caso afirmativo, si el buque devenga espera y/o demoras conforme a la póliza de fletamento...

III. En caso negativo, si el fletador puede exigir del armador la realización de las reparaciones necesarias para devolver el buque a las condiciones exigibles... y si en este caso EMPETROL debe abonar algún tipo de espera o demora, o si por el con-

trarlo queda relevada de esta obligación.

B) A propuesta de EMPETROL:

I. Si el buque-tanque «Barcelona» está en las condiciones técnicas de eficiencia y operatividad exigibles de acuerdo con las pólizas de fletamiento aplicables, la legislación vigente y los reglamentos internacionales.

Si reúne, asimismo, las condiciones de seguridad en todos sus aspectos, en consonancia con las pólizas aplicables, legislación y reglamentos internacionales.

II. En caso negativo, de cualquiera de los anteriores puntos:

a) Declaración de que EMPETROL puede exigir del armador la realización de las reparaciones necesarias para devolver al buque a las condiciones de eficiencia, operatividad y seguridad exigibles con arreglo a las pólizas de fletamento, legislación vigente y reglamentos internacionales, sin que en ningún caso deba abonar esperas o demoras, así como que la póliza de fletamento del citado buque-tanque «Barcelona» quedará definitivamente cancelada en caso de no realizarse por el armador dichas reparaciones necesarias.

b) Declarar la responsabilidad patrimonial de MARFLET y su obligación de indemnizar a EMPETROL de los daños y perjuicios causados.

3. El laudo de equidad, de 21 de enero de 1986, declara en los cuatro primeros puntos del fallo que el buque no estaba innavigable; en los puntos quinto y sexto señalaba que se habían detectado determinadas averías en el buque, que exigían su reparación; el punto séptimo fijaba las esperas y demoras que debían ser abonadas por EMPETROL; y el punto octavo denegaba la procedencia de

intereses y desestimaba la solicitud de indemnización presentada por EMPETROL.

Contra este laudo interpuso MARFLET recurso de nulidad por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión (artículo 1.733, 3 de la LEC), solicitando se dictase Sentencia «anulando los puntos quinto, sexto, séptimo y la parte del octavo que se refiere al anterior, todos ellos del fallo arbitral, pronunciándose sobre los mismos y con mantenimiento del laudo en los restantes puntos».

Sin embargo, según la demanda, la Sentencia que resolvió el recurso de nulidad, ahora impugnado, no se limitó a anular los puntos en los que a su juicio pudieran haberse excedido los árbitros, sino que formuló una declaración de fondo sobre esperas y demoras distinta a la establecida por los árbitros de equidad. El fallo de dicha Sentencia declara:

a) La nulidad de los puntos quinto, sexto, séptimo y la parte del octavo a que se refiere el anterior del fallo arbitral recurrido, con mantenimiento del laudo en los restantes puntos.

b) Que el buque-tanque «Barcelona» devengó esperas y demoras conforme a la póliza de fletamento.

Se subraya también en la demanda que la Sala, al fallar el recurso de nulidad, no tenía a la vista ningún antecedente de hecho ni material probatorio alguno sobre el fondo de la controversia, dado que los autos arbitrales permanecen en poder de los árbitros de equidad; que esta denunciada carencia en los autos del recurso de nulidad de todo tipo de antecedentes sobre el fondo resulta especialmente grave en el caso de las es-

peras y demoras, ya que no son un concepto legal que pueda extraerse del ordenamiento jurídico objetivo; que en la Sentencia impugnada una misma materia, la de las esperas y demoras, es excluida del arbitraje de equidad por entender que los árbitros no podían juzgar de ella y es incluida en el fallo y resuelta, no obstante, por la Sala de otra manera sin motivación explícita alguna, corrigiendo así el laudo de los árbitros; y, en definitiva, que la Sala escindió en su médula la controversia planteada ante los árbitros y sustituyó el criterio de éstos por el de la propia Sala, a pesar de carecer de todo antecedente sobre el fondo.

Por último, se señala que MARFLET ha valorado en apartado b) del fallo en una cantidad de 2.333.703.426 pesetas, cantidad que la demandante califica de impresionante y fantástica y que viene a suponer más de dos veces el valor actual del buque-tanque «Barcelona».

4. Los fundamentos jurídicos del recurso de amparo son los siguientes:

a) La Sentencia recurrida vulnera el art. 24.1 de la CE, en relación con el art. 117.3, por haberse dictado con manifiesto exceso de competencia o abuso de jurisdicción. Según la recurrente, numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional (de las que citan las SSTC 116/1968, de 8 de octubre, y la 33/1987, de 12 de marzo, y en conexión con ellas la núm. 4/1984, de 23 de enero) han entendido que el derecho a la tutela judicial efectiva queda vulnerado si el Tribunal ordinario actúa fuera de los límites de su competencia. En efecto, si un Tribunal actúa de esta forma al resolver un recurso y en virtud de ello modifica la resolución recurrida

en perjuicio de una de las partes, afecta al derecho de la misma a que la resolución no se modifique y se ejecute en sus propios términos, siendo así que este derecho a la ejecución de Sentencias está comprendido en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Además, cuando el Tribunal ordinario falla sobre extremos ajenos al objeto del proceso de que se trate, está decidiendo sobre dicho objeto por un procedimiento no previsto legalmente para ello y sin las necesarias garantías de prueba y contradicción, provocando una indefensión objetiva.

La Sentencia impugnada se ha dictado por el Tribunal Supremo en un recurso de nulidad, incurriendo en un exceso de competencia y afectando al derecho de la hoy recurrente a que el laudo arbitral no fuera dejado sin efecto, sino con el alcance legalmente establecido para el recurso de nulidad, ya que no se limita a declarar la nulidad del laudo, sino que, además de declararla parcialmente, sustituye a los árbitros de equidad en el contenido de la decisión, contrariando así la regulación del citado recurso de nulidad contenida en la LEC y, en especial, el art. 1.736 de la misma. Este último precepto dispone que «si el recurso fuese estimado sólo por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión...», lo que es el caso, la Sala sentenciadora se pronunciará únicamente sobre los puntos en que consista el exceso..., también con libertad de criterio en cuanto a las costas del recurso». Es decir, que si el Tribunal Supremo entiende que se ha cometido el exceso debe declararlo así pronunciándose únicamente sobre en qué consista el exceso de los árbitros; pero lo que no incluye el art. 1.736 de la LEC es que, al su-

primir el exceso de los árbitros, el Tribunal Supremo pueda incurrir a su vez en el mismo exceso, sustituyendo una decisión de equidad por una decisión en Derecho sobre el fondo.

b) La Sentencia impugnada viola el art. 24.1 de la CE, por adolecer de incongruencia objetiva y subjetiva que ha originado la indefensión de la recurrente, vicios éstos con relevancia constitucional, según la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, MARFLET impugnó el laudo de equidad, entre los motivos tasados que la LEC permite (art. 1.733), por entender que los árbitros habían resuelto puntos no sometidos a su decisión, siendo la *causa petendi* la existencia de un exceso en el arbitraje y la acción ejercitada la de nulidad. El Tribunal Supremo cambió en realidad la *causa petendi* y la acción ejercitada, convirtiendo un recurso de nulidad en un recurso de plena jurisdicción, y no se atiene a los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, puesto que no se limita a decidir si el arbitraje había incluido puntos en exceso y a declarar la nulidad del mismo en cuanto los incluye, sino que, incurriendo en una modificación sustancial del debate, sustituye la decisión de fondo de los árbitros por otra de la Sala.

c) La Sentencia impugnada incurre en una contradicción interna manifiesta, lo que da lugar a que dicha resolución no esté fundamentada en Derecho y pueda considerarse como arbitraria, irrazonada e irrazonable, por lo que vulnera el art. 24.1 de la CE, según la doctrina del Tribunal Constitucional. Dicha contradicción consiste en afirmar que la cuestión de las esperas y demoras no estaba y al mismo tiempo estaba dentro de

la controversia, puesto que pasa a resolver el mismo punto que considera no sometido al arbitraje, en virtud de una errónea interpretación del art. 1.736 de la LEC, que, en su literalidad y en conexión con el artículo 1.735, no permite al Tribunal Supremo pronunciarse con libertad de criterio sobre los puntos en los que los árbitros se excedieron, como argumenta la Sentencia impugnada, sino sólo permite ese libre pronunciamiento sobre las costas del recurso.

d) La Sentencia impugnada vulnera el art. 14 de la CE, en relación con el art. 120.3 de la CE, sobre motivación de Sentencias, pues se aparta, sin fundamentación alguna, del criterio manteniendo en todas y cada una de las Sentencias dictadas por la propia Sala al resolver recursos de nulidad sobre laudos de equidad, criterio éste que impide revisar el contenido del laudo y que se ha mantenido tras la nueva redacción del artículo 1.736 de la LEC introducido por la reforma de 1984. Se citan a este respecto en la demanda algunas decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

e) La Sentencia impugnada vulnera el art. 24.2 en conexión con el 24.1 y con los arts. 117.3 y 120.3, todos ellos de la CE, desde el momento en que sustituyó el juicio de los árbitros de equidad por el suyo propio sobre el punto de las esperas y demoras, incurriendo en los mencionados vicios de exceso de competencia, incongruencia y falta de jurisdicción, en primer lugar, porque ello supone una vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, ya que semejante declaración sobre el fondo sólo podría realizarse por un órgano jurisdiccional con *cognitio plena*, en un proceso ordinario de

mayor cuantía; en segundo término porque se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, utilizando los medios de prueba pertinentes, ya que el órgano judicial no conoció ningún tipo de alegaciones ni conclusiones de parte ni tuvo a la vista ningún tipo de pruebas para decidir sobre el fondo de la cuestión relativa a las esperas y demoras; en tercer lugar porque omite toda fundamentación sobre por qué resultaba a su juicio procedente el abono de esperas y demoras con arreglo a la póliza.

f) La Sentencia recurrida vulnera el art. 24.1 de la CE, al no haber ejercitado una tutela judicial efectiva en relación con los derechos e intereses legítimos de las partes, compuestos con criterios de equidad por el laudo de 1 de enero de 1986.

La función que cumple el arbitraje de equidad es la de constituir una vía de solución de conflictos mediante la decisión de terceros a los que se otorga un amplio margen de ponderación de las circunstancias y de las actitudes según su leal saber y entender, flexibilidad ésta de ponderación que separa el juicio de equidad del basado en Derecho estricto y que lleva a concebir el objeto de la controversia como un todo orgánico, ciertamente delimitado por las cuestiones propuestas a la decisión de los árbitros, pero sin que deban interpretarse restrictivamente. Así lo entiende el Tribunal Supremo, más aún cuando, como en el presente caso, existe una cláusula general compromisoria de arbitraje de equidad para todas las cuestiones y diferencias que puedan surgir entre las partes sobre la interpretación y cumplimiento de la póliza del fletamento. Por eso los árbitros tenían la posibilidad de ponderar y calibrar, gra-

duar y atemperar la solución procedente, buscando situaciones intermedias entre las posiciones máximas de las partes, ya que una cuestión sobre la navegabilidad de un buque es siempre enjuiciable en equidad desde la gradación y el matiz.

Si las partes, voluntariamente, han querido que la solución de la controversia se realice por árbitros mediante una solución de equidad, es claro que la tutela judicial de este derecho reconocido por el legislador ha de consistir en proteger la solución dictada en equidad, y el entorno jurídico de la misma, plazo para dirimir —ámbito de la controversia—, audiencia de las partes, protección esta última que se realiza precisamente por medio del recurso de nulidad, de carácter extraordinario y de motivos tasados. Pero si, en virtud de este recurso, los Tribunales afectan a lo que constituye la decisión en equidad, y no a los elementos de la misma regidos por el Derecho, no tutelarían el derecho de los ciudadanos a que la controversia entre ellos se decidiera por árbitros en equidad, sino que, a pretexto de proteger este derecho, vendría a desconocerlo. Y esto es lo que ocurre en el presente caso al decidir el Tribunal sobre un punto de controversia sometido al arbitraje, como es el relativo a las esperas y demoras.

5. De acuerdo con lo expuesto se formulan las siguientes peticiones a este Tribunal:

a) Que declare la nulidad de la Sentencia impugnada o, con carácter subsidiario, la nulidad parcial de la misma en cuanto declara en el punto a) del fallo la nulidad de los puntos séptimo y la parte del octavo que se refiere al anterior del laudo arbitral, y asimismo en cuanto de-

clara en el punto b) del fallo que «el buque-tanque "Barcelona" devengó esperas y/o demoras conforme a la póliza de fletamento».

b) Reconozca los derechos fundamentales de EMPETROL invocados, que se concretan en el reconocimiento de su derecho al mantenimiento de la integridad del fallo del laudo arbitral y, subsidiariamente, al mantenimiento de los puntos no anulados por la Sentencia y del punto séptimo y parte del octavo anulados.

c) Restablezca a EMPETROL en sus derechos fundamentales y, para el supuesto de que se entienda que el Tribunal Supremo debe dictar una nueva Sentencia, se declare que dicho Tribunal deberá mantener en su integridad el fallo del laudo arbitral o, al menos, los puntos del mismo no anulados y el punto séptimo y parte del octavo anulados por la Sentencia recurrida.

d) Subsidiariamente, para el supuesto de que se mantenga en su integridad el punto séptimo y parte del octavo que se refiere al anterior del laudo, se declare la nulidad total del laudo o, al menos, que la parte subsistente no tiene valor de cosa juzgada ni formal ni material, dejando a salvo el derecho de EMPETROL y MARFLET a ventilar la totalidad de la controversia ante quien corresponda con plenitud de jurisdicción.

6. Por providencia de 13 de mayo de 1987, la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo formulada por la «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima», y por personado y parte en nombre y representación de la misma a la Procuradora señora Vidal Gil. Asimismo, se re-

quiere a la Sala Primera del Tribunal Supremo para que en el plazo de diez días remita testimonio del recurso núm. 237/1986, en el que se dictó Sentencia en fecha 16 de marzo de 1987, interesándose al propio tiempo se emplace a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, para que en el plazo de diez días puedan comparecer en este proceso constitucional.

7. Por nueva providencia de 17 de junio de 1987, la Sección acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Tribunal Supremo, a la vez que se tiene por personado y parte, en nombre y representación de la Entidad «Fletamentos Marítimos, Sociedad Anónima», al Procurador de los Tribunales señor Guinea y Gauna. Asimismo, se concede un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores señores Vidal Gil y Guinea Gauna, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

8. El Fiscal, en escrito de 15 de julio de 1987, tras exponer los hechos, indica que el problema que plantea este recurso de amparo incide en el concepto y la naturaleza del recurso de nulidad de laudos arbitrales, que tiene la misma naturaleza que el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

La consecuencia de esta naturaleza la constituye que el conocimiento del Tribunal Supremo está limitado exclusivamente al estudio de la concurrencia de las causas de nulidad, alegadas por las partes, pero carece de competencia para resolver los puntos o cuestiones que han sido sometidos al conocimiento de los árbitros, mediante la cláusula compromisoria. Así se desprende del contenido del art. 1.735 de la LEC, que regula

el supuesto de la nulidad del laudo, por concurrir las causas núms. 1, 2 y 4 del art. 1.32 de la misma Ley, y del 1.736 que regula las consecuencias de la declaración de nulidad por concurrir la causa del núm. 3 del mismo artículo. La declaración del Tribunal Supremo, se limita a dejar sin efecto, únicamente, los puntos o cuestiones en que consista el exceso o la omisión. Si el Alto Tribunal traspasa estos límites y se produce un exceso en el conocimiento, este exceso puede tener dimensión constitucional, con posibilidades de vulnerar el derecho fundamental a la «tutela judicial efectiva».

El actor, en su demanda de amparo establece la afirmación de que la actuación del Tribunal Supremo supone un exceso en su competencia, lo que constituye la primera violación constitucional que denuncia y de la cual se derivan las restantes violaciones.

El laudo arbitral declaraba, y no se anuló, que según su leal saber y entender y conforme a la prueba pericial practicada, que el buque se encontraba en las condiciones técnicas de eficiencia, operatividad y seguridad exigibles el día 6 de enero de 1985 y se encuentra en esas mismas condiciones en la actualidad.

Para el Tribunal Supremo la consecuencia de la declaración afirmativa de los árbitros a la cuestión de la navegabilidad impone, como consecuencia lógico jurídica, la declaración sobre las demoras y por ello su declaración en la Sentencia resolviendo el recurso no supone invadir la competencia de los árbitros.

Según su jurisprudencia, la declaración del Tribunal Supremo plasmada en el fallo del recurso de nulidad, respecto a las esperas o demoras, derivadas de la operatividad del buque,

es una consecuencia lógica, necesaria u obligada de las cuestiones que se han planteado. Hay que concluir que las esperas o demoras están comprendidas en la cláusula compromisoria y se imponen como consecuencia necesaria de la afirmación de la primera cuestión.

Tiene razón el Tribunal Supremo, añade el Fiscal, en la jurisprudencia alegada en la Sentencia, respecto al contenido del arbitraje, en cuanto a la superación de la literalidad, pero esta jurisprudencia hace relación con el arbitraje en sí, no con la finalidad y objeto del recurso de nulidad, y por tanto no cabe aplicarla a este recurso. Si cada cuestión es una pregunta y no corolario a otra cuestión, no cabe duda que la consecuencia lógica de esta posición es que el Tribunal Supremo en la Sentencia ha contestado, en un recurso de nulidad, a una cuestión que debía obtener respuesta únicamente del órgano que dirima el arbitraje, produciendo como consecuencia la violación del art. 24 de la Constitución. La Sentencia es incongruente con la pretensión deducida, concediendo más de lo pedido y más de lo que podía dar, lo que ha determinado una manifiesta y grave desviación, que produce la vulneración del art. 24.1 de la CE.

Las restantes violaciones denunciadas por el recurrente se pueden conectar y derivar de la violación constitucional que nace del exceso en la jurisdicción. Si se da ésta, es lógico que se den las demás, porque todas ellas se producen por este exceso.

Termina el Fiscal solicitando del Tribunal Constitucional dicte, de acuerdo con los arts. 86.1 y 80 de la LOTC y 372 de la LEC, Sentencia, estimando el amparo, por vulnerar la

resolución impugnada el art. 24 de la CE.

9. Don Francisco de Guinea y Gauna, Procurador de los Tribunales y de la Entidad mercantil «Fletamentos Marítimos, Sociedad Anónima», en escrito de 17 de julio de 1987, después de exponer los hechos, afirma que desde una perspectiva objetiva y lógica la cuestión principal —por no decir fundamentalmente única— que se presentaba a los árbitros conforme a la voluntad de las partes expresada en aquellos planteamientos, era la determinación del estado del buque. Las restantes cuestiones eran ramificaciones accesorias —sin perjuicio también de su importancia— de la principal y cuyo tratamiento, en cada caso, dependía de la contestación que se diera a aquélla. Si a esta cuestión se contestaba afirmativamente por los árbitros —como así se hizo de forma indubitada— sólo cabría pronunciarse sobre si el buque devenga esperas y demoras conforme a la póliza de fletamento, y ello porque ésta fue la voluntad de las partes.

El acceso a las otras cuestiones sólo era posible a través de una aceptación de la posición de la «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima», que fue rechazada por los árbitros, de plano, al declarar que el buque se encontraba en las condiciones de navegabilidad, operatividad, eficiencia y seguridad, tanto al principio como al final del arbitraje.

Entiende esta parte que junto a lo manifestado existe una clara manipulación del procedimiento por parte de la «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima», al tratar de llevar al ánimo del Tribunal extremos que, tanto en su enunciaci3n como en su fondo, le parecen

muy graves; en principio, la aseveraci3n de que la Sala Primera ha entrado a conocer del fondo del asunto y que, además, lo ha hecho de modo antojadizo, caprichosamente y sin fundamento al no tener a la vista «material probatorio alguno sobre el fondo de la controversia». Evidentemente, sentar el exceso de jurisdicci3n en el que han incurrido los árbitros, pronunciándose sobre el exceso y la omisi3n, es lo que a su juicio, y de modo exquisito, ha llevado a cabo la Sala Primera del Tribunal Supremo que, para nada, ha entrado a conocer extremo alguno atinente al fondo del asunto.

Seguidamente esta parte alega las siguientes excepciones: Falta de invocaci3n, y al efecto argumenta que ya en el recurso de nulidad se pide, con amparo evidentemente en el art. 1.736 de la LEC, que se pronuncie el Tribunal; luego, con independencia de que la Sentencia atienda o no la pretensi3n, la petici3n contenida en el suplico contenía la suficiente vis atractiva para obligar a EMPETROL a oponerse al pronunciamiento pedido, o a matizar el mismo, so pena de entender que se violaban, caso contrario, sus derechos constitucionales. Por el contrario, en ningún momento del proceso hace exposici3n de ello, ni entiende, siquiera, que el Tribunal exceda sus competencias si así se pronunciara, luego resulta obvio que no se cumple el presupuesto del anuncio que exige el apartado c) del art. 44 de la LOTC, y es sólo posteriormente cuando la Sentencia le resulta desfavorable cuando entiende que el Tribunal incurre en un exceso de jurisdicci3n. Se alega también que la violaci3n que se postula en el presente recurso no es imputable directamente a una acci3n u omisi3n del 3rgano

judicial, por cuanto que toda la argumentaci3n contenida en los seis motivos que fundamentan materialmente el mismo tratan de cuestionar la interpretaci3n y alcance que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha otorgado, fundamentalmente, a los arts. 1.733 y 1.736 de la LEC, junto con, de forma más subsidiaria, los preceptos de los arts. 1.371 y 1.735 también invocados de contrario.

En cuanto al fondo, respecto a que la Sentencia impugnada se dictó con manifiesto exceso de competencia o abuso de jurisdicci3n, contesta que no corresponde con la realidad, porque el recurso estimado por la Sentencia impugnada se basaba en la infracci3n cometida en el laudo al resolver puntos no sometidos a su decisi3n (núm. 3 del art. 1.733 de la LEC), con lo que se incidió en la normativa del art. 1.736 de la Ley Procesal, a cuya virtud, la Sala sentenciadora se pronunciará únicamente sobre los puntos en que consistía el exceso o la omisi3n que son justo los dos supuestos que entran en juego en el presente caso, y que la Sentencia que es objeto del mismo, en el fallo propiamente dicho, se limita a declarar sin que el punto relativo a las esperas y demoras implicara una cuesti3n de fondo, ya que fue indebidamente omitido por el laudo a pesar de figurar expuesto con idéntica forma en la propuesta de MARFLET.

En cuanto a la pretendida incongruencia, se alega que el recurso se basó en el núm. 3 del art. 1.733 de la LEC, por lo que como también se dijo era de aplicar el art. 1.736 de la misma Ley, no el 1.735 que conduce, en caso de estimaci3n, a dejar sin efecto el laudo; lo que significa que el suplico del recurso tenía que referirse exclusivamente a los puntos en que consistía el exceso o la omi-

sión sobre los cuales tenía que pronunciarse la Sala. Así se hizo pidiendo dejar sin efecto con el consiguiente pronunciamiento los puntos quinto, sexto, séptimo y la parte del octavo referente a éste; y así también actuó la Sala dejándolos sin efecto y pronunciándose sobre ellos. El pronunciamiento sobre el punto quinto, acogiendo estrictamente el punto primero de la propuesta de MARFLET, es evidente que no puede reputarse como algo incongruente, pues está en perfecta congruencia con lo pedido de forma debida por dicha Empresa. Por lo que se refiere a las demoras, se indica que el art. 1.736 de la LEC dispone que en estos casos la Sala sentenciadora se pronunciará sobre los puntos en que consista el exceso o la omisión, lo que evidencia que lejos de la denunciada contradicción la Sala se limitó a cumplir el mandato legal. Estando, sin duda alguna, el Tribunal Supremo facultado para proceder con la libertad de criterio a que en este caso se refiere la Sala Primera, que no puede circunscribirse a las costas del recurso como cicatera y restrictivamente pretende el recurrente; consecuencia que, por otra parte, es inquestionable que nada tiene que ver con la obligada contradicción.

Tampoco se infringen, añade esta parte, el art. 24.1 y los arts. 117.3 y 120.3 CE, porque se trataba de un recurso de nulidad siguiente a un arbitraje de equidad y era improcedente el examen de las pruebas que quiere el recurrente; simplemente porque la Ley lo prohíbe.

Tampoco se viola el art. 14 CE que consagra el principio de la igualdad, en relación con el 120.3 sobre motivación de las Sentencias, porque en el caso examinado el Tribunal Supremo se atuvo expresamente y

puntualmente a lo dispuesto por la Ley, sin entrar en el fondo del asunto.

Finalmente, se aduce que sí hubo tutela judicial, que fue actuada mediante el recurso de nulidad taxativa y específicamente regulado en la Ley especial de 1953.

El haber decidido sobre puntos que de modo expreso estaban excluidos de la decisión arbitral, constituye una flagrante y evidente contravención que tiene que ser —como fue— revisada por el Tribunal Supremo con el procedimiento legal del art. 1.736 de la LEC impidiendo a la Entidad ahora recurrente alegar la pretendida infracción de la norma constitucional, que ampara a todas las personas, físicas y jurídicas, y no sólo a la Sociedad EMPETROL.

Termina suplicando se desestime el recurso, denegando el amparo solicitado.

10. Doña María Rosa Gil, Procuradora de los Tribunales, en nombre de la «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima», en escrito de 20 de julio de 1987, se ratifica en su demanda, insistiendo en los puntos de la misma referidos a incompetencia o abuso de jurisdicción, incongruencia subjetiva y objetiva, contradicción interna manifiesta, que da lugar a que la Sentencia impugnada no esté fundamentada en Derecho, vulneración del art. 14 de la CE, vulneración del art. 24.2 y falta de tutela judicial efectiva.

El origen de la indefensión, repite, radica en que, en contra de todo lo previsible, según invariable y reiterada jurisprudencia recogida en la demanda, el Tribunal Supremo no se limita, en este caso, a declarar si hubo o no exceso en el laudo, y a anularlo total o parcialmente en caso afirmativo, sino que además dicta

una decisión de fondo como si se tratase de una «segunda Sentencia», pero sin alegaciones ni contradicción alguna y sin conocer los autos del procedimiento arbitral, donde constaban los documentos y, entre ellos, nada menos que la Póliza de Fletamento, a la que se refiere la decisión de fondo.

La Sentencia impugnada no se limita a conocer de los motivos, sino que sustituye el juicio de fondo de equidad formulado por los árbitros, con manifiesto abuso de jurisdicción, lo que vulnera el art. 24.1 de la CE, en conexión con el 117.3 de la misma, alterando *a posteriori*, y de forma imprevista, los términos del debate. Esta incongruencia no puede entenderse salvada por la facultad del juzgador, avalada por conocida jurisprudencia de trascender la literalidad de las peticiones de parte mediante declaraciones complementarias que sean consecuencia necesaria en derecho de las pretensiones formuladas. Pues claramente es inaplicable al caso tal doctrina, no sólo porque supone alteración de la causa de pedir (incongruencia objetiva), sino, además, porque ni las esperas ni las demoras son conceptos jurídicos deducibles del ordenamiento a los que pueda aplicarse el principio *iura novit curia*, ni son consecuencia necesaria de una póliza de fletamento que ni figura en autos ni tan siquiera contiene referencia alguna a esperas o demoras, como se hubiera podido demostrar de haberse aportado los autos del arbitraje.

Solicita, finalmente, la estimación del recurso.

11. Por providencia de 29 de febrero de 1988 se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día 14 de marzo de 1988, fecha en que ello tuvo lugar.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se ha reflejado en los antecedentes de hecho de esta Sentencia, con el suficiente detalle para evitar ahora su repetición, los términos en que plantean las partes sus respectivas posiciones, tanto los de la demanda como los relativos a las diversas objeciones contrarias. Pero como entre éstas las hay de carácter procesal o de posible inadmisión, conviene estudiarlas y resolverlas, y, con ello, en el caso de ser rechazadas, entrar en la cuestión de fondo, que a su vez, y a su tiempo, también se precisará.

2. Aquellas objeciones se refieren a las que como motivos de inadmisión propone la parte recurrente «Fletamentos Marítimos, Sociedad Anónima». En primer lugar se alega el incumplimiento del requisito previsto en el art. 4.1, c), de la LOTC, es decir, no haber invocado de modo formal la Entidad recurrente «Empresa Nacional de Petróleo, Sociedad Anónima» (EMPETROL), en el proceso antecedente, el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello. Se indica al efecto que en el *petitum* del recurso de nulidad se solicitaba no sólo la anulación de los puntos quinto, sexto, séptimo y parte del octavo del laudo arbitral, sino también un pronunciamiento sobre los mismos, de donde infiere que la Sociedad demandante tuvo ya oportunidad, al oponerse al recurso ante el Tribunal Supremo, de cumplir con la exigencia del citado art. 44.1, c), de la LOTC.

Pero este argumento no es válido, ya que, de admitirlo, supondría exigir a la parte una anticipación o previsión de futuras o eventuales violaciones constitucionales cuando, como

ya es doctrina reiterada, el recurso de amparo sólo es admisible ante la existencia real y concreta de esas vulneraciones, y en todo caso no causadas o consecuencia de los términos en los que las partes hubieran planteado el recurso de nulidad, sino derivadas del contenido y alcance de la propia Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1986, resolutoria de la impugnación del laudo, es decir, cuando ya no existía ulterior trámite ni cauce procesal que permitiera a la recurrente someter a la consideración del órgano judicial aquellas vulneraciones para que, en su caso, las pudiera subsanar antes de acudir a esta vía subsidiaria del amparo.

En segundo lugar, excepciona la misma parte la falta del requisito establecido en el art. 44.1, b), de la LOTC, por entender que la vulneración de los derechos fundamentales invocada en el recurso no es imputable a una acción u omisión del órgano judicial, ya que la Sala del Tribunal Supremo se limitó a la interpretación y aplicación de los artículos 1.733 y 1.736, y, subsidiariamente, de los 1.731 y 1.735, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo único que se cuestiona en el recurso de amparo, en todos sus motivos, es esa aplicación e interpretación del órgano judicial.

Pero tampoco esta objeción es pertinente ni admisible. Si lo es, en cambio, la posibilidad de una vulneración o infracción constitucional como consecuencia de la aplicación de una determinada Ley (art. 52.2 LOTC) o bien derivada de una concreta interpretación de la misma, ya que, si bien es cierto que corresponde a los Tribunales aquellas funciones (art. 117.3 CE), cabe la posibilidad del recurso de amparo en aque-

llos supuestos en los que la aplicación e interpretación provoquen resultados lesivos de derechos constitucionalizados por no ajustarse a la garantía que la Constitución establece para la protección de los derechos fundamentales. Y esto es, precisamente, lo que el presente recurso de amparo pone en discusión, es decir, si en la aplicación e interpretación de la Ley citada se ha traspasado o no los límites y garantías de la defensa que el art. 24 de la CE establece.

3. Conviene también precisar cuál es el objeto y finalidad esencial del recurso que se estudia, dada la profusión de imputaciones de vulneración que la demanda hace a la Sentencia impugnada, incluso de forma alternativa o subsidiaria. Carecen, en efecto, y en principio, de relevancia constitucional la mayor parte de aquellos reproches, en cuanto constituyen problemas de mera legalidad no revisables en esta vía.

Lo determinante para el recurso es que sus pretensiones tienen como fundamento la infracción de los artículos 24.1 y 2, y 14 de la CE, y que esa vulneración ha sido causada por la Sentencia de la Sala al resolver el recurso de nulidad interpuesto por «Fletamentos Marítimos, Sociedad Anónima», contra el laudo de equidad, en cuanto que dicha Sentencia no se limitó a anular los puntos en los que a su juicio se hubieran excedido los árbitros, sino que formuló una declaración o pronunciamiento de fondo sobre las esperas y demoras producidas en el cumplimiento del contrato de fletamento del buque-tanque petrolero «Barcelona», concertado entre dicha Sociedad armadora y la recurrente en amparo, EMPETROL. De ese pronunciamiento infiere la recurrente la aludida se-

rie de infracciones: Exceso o abuso de jurisdicción o de competencia, incongruencia origen de indefensión, contradicción interna, desigualdad en la aplicación de la Ley y falta de tutela judicial efectiva.

Aunque es cierto que todos estos motivos están en relación con el caso, aparece claro, sin embargo, que pueden reconducirse a uno solo, es decir, al de la posible indefensión vedada por el art. 24.1 CE y, en consecuencia, determinar o comprobar si esa situación ha sido creada u originada por una eventual incongruencia de la resolución de nulidad dictada por el Tribunal Supremo o bien por efecto de la inobservancia de las garantías inherentes al proceso debido, al pronunciarse aquélla sobre extremos ajenos al ámbito legal del recurso de nulidad contra laudos de equidad (arts. 1.733 y 1.736 de la LEC), sin que las partes hayan tenido la oportunidad de utilizar el principio de audiencia y el de contradicción, ya sea en juicio de equidad, ya en uno ordinario.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo entiende, como se ha indicado, que la estimación del motivo del recurso de nulidad por haber resuelto los árbitros puntos que no fueron sometidos a la decisión arbitral, lleva aparejada, por imperativo del art. 1.736 LEC, la necesidad de pronunciarse, con libertad de criterio, sobre los puntos en los que los árbitros se excedieron, lo que lleva a anular, no sólo los puntos quinto, sexto, séptimo y la parte del octavo que se refiere al anterior del fallo arbitral recurrido, sino también a declarar «que el buque-tanque «Barcelona» devengó esperas y/o demoras conforme a la póliza de fletamento». Éste era un extremo —como se ha visto en los antecedentes—

condicionado al anterior, relativo a la navegabilidad del buque y como ésta es declarada o afirmada por los árbitros es por lo que la Sala entendió que, dado el supuesto, debió otorgarse la consecuencia, es decir, que los árbitros deberían haberlo hecho: pues «la afirmación de encontrarse el buque en condiciones... debió conducir a sentar el devengo de tales esperas o demoras con arreglo a la póliza de fletamento» (fundamento jurídico 4.º). Razón por la cual la Sala revisora así lo acuerda en la Sentencia ahora impugnada, quizá en aplicación implícita de su propia doctrina sobre la congruencia, que no se vulnera cuando el fallo se extiende a las consecuencias naturales y lógicas del punto debatido.

4. Si esto fuera sólo lo constitutivo del problema planteado, es claro que podría resolverse desde el plano de la legalidad y de la jurisdicción ordinaria, en cuanto que la determinación del carácter de esa consecuencia y de su vinculación con el tema básico o principal quedaría dentro del ámbito de esa jurisdicción y podría decirse que esa congruencia o incongruencia carecería de relevancia constitucional. Ocurre que lo que hay que determinar aquí y ahora es si se da o no esa relevancia, dados los términos de la demanda y el contenido de la Sentencia impugnada, que aportan datos de por sí significativos, causa de mayor complejidad.

A este respecto es fundamental el dato relativo a la jurisdicción dentro de la cual el litigio se ha resuelto en la instancia, es decir, la de arbitraje. Es esta circunstancia, en efecto, la que exige, más que permite, la dilucidación previa del carácter de aquella consecuencia, o sea, la obtenida y declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo, puesto que en defi-

nítiva la esencia del recurso —como ya se ha delimitado— reside en resolver si la Sentencia pudo o no decir sobre ella desde la perspectiva constitucional, en relación con la competencia que otorga la especificidad jurisdiccional: ordinaria o de arbitraje de equidad. En definitiva, si la decisión judicial sobre esperas y demoras tuvo un fundamento procesal correcto desde la perspectiva del derecho de las partes a un proceso adecuado y, por añadidura, al del Juez competente, predeterminado, aquí no sólo por la Ley, sino por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares, a quienes dicha Ley permite optar, renunciando a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros particulares de equidad, como es el caso del recurso.

5. La Ley que regula los arbitrajes de Derecho privado, de 22 de diciembre de 1953, que sustituyó a los arts. 790 a 839 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, permite, mediante contrato, deferir el conflicto al juicio arbitral de terceros para que lo resuelvan, bien mediante la aplicación de las reglas del Derecho, bien con sujeción sólo al «saber y entender» de los árbitros que designen (art. 3 de la Ley). Esta última forma, o arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2, del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita. En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad

de formas procesales y el uso del arbitrio («saber y entender») por los Jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a «dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias» (art. 29 de la Ley especial). A su vez, esta peculiaridad se refleja en el tratamiento del único y posible recurso: el de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo (arts. 1.729 y ss. de la LEC), que habrá de fundarse en causas tasadas (art. 1.733: nulidad del compromiso, laudo dictado fuera de plazo, resolver puntos no sometidos al arbitraje y no oír o no permitir pruebas al recurrente).

Pero la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor (Tribunal Supremo), ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal «saber y entender» del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986, un juicio externo. El Tribunal Supremo es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales (art. 1.733 LEC, citado); no se pronuncia sobre el fondo. Deniega el recurso o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la Sentencia que infrinja los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo (art. 1.735 LEC) o bien haciéndolo sólo en parte (1.736), y con remisión

a los interesados al procedimiento adecuado. No es, pues, la del Tribunal Supremo, una Sentencia rescitoria, sino rescindente, total o parcial. Así lo ha entendido siempre ese Tribunal y ésa ha sido su jurisprudencia constante, que la recurrente cita con profusión. El Tribunal Supremo se limita a resolver y a dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1987).

En este sentido se hace necesario afirmar que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, que modificó el art. 30 de la Ley procesal, no ha alterado en modo alguno el sistema descrito ni, por ello, ha afectado a la función de la Sala Primera del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la resolución del recurso de nulidad por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión. Pese a la redacción defectuosa del art. 1.376 nuevo de la LEC («Si el recurso fuere estimado sólo por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión, o por haber omitido puntos que debieron resolverse, la Sala sentenciadora se pronunciará únicamente sobre los puntos en que consista el exceso o la omisión, también con libertad de criterio en cuanto a las costas del recurso»), es evidente que la interpretación y aplicación que a tal precepto pudiera darse no puede variar y menos suprimir el orden jurisdiccional establecido y, dentro de él, alterar la competencia concreta de los órganos judiciales o, en el caso, extrajudiciales. Es decir, que su referencia a la libertad de criterio lo es a la atribución de las costas, mas no

al fondo del laudo, porque ello supondría transferir a Jueces de derecho facultades no atribuidas ni por la Ley ni por los contratantes que designaron a los árbitros, dirigidas a la solución del conflicto por vía de equidad y no por los postulados estrictos del Derecho.

6. No es, por lo tanto, la incongruencia de la que se acusa en la demanda a la Sentencia impugnada la determinante de la inconstitucionalidad de ésta, ni tampoco la también denunciada contradicción interna, que hace derivar de que, anulados los puntos quinto, sexto, séptimo y octavo, tendría su lógica el no pronunciamiento sobre esperas y demoras, que luego se contraviene con ese mismo pronunciamiento, que la Sala del Tribunal Supremo hace por conexión o consecuencia. Y no lo es, porque, como antes se ha dicho, ese pronunciamiento por derivación podría no contradecir el principio de congruencia, aunque ya, siendo discutible, es claro que debiera haber sido objeto de discusión y controversia procesal, porque, bien leído el punto subsidiario, objeto del pronunciamiento impugnado, se observa que no sólo está subordinado al punto anterior (estar el buque en condiciones de navegabilidad), sino también «en caso afirmativo, si el buque devenga esperas y/o demoras según póliza» y durante qué tiempo, lo que ya implica una sustantividad cuya decisión por el Tribunal Supremo se sustrae al proceso arbitral.

Esto último es, en definitiva, lo determinante y el criterio orientador para la resolución del recurso, no sólo por la imprecisa o dudosa relación de los puntos, lo que reafirmaría la competencia de los árbitros para su decisión, sino porque, sea por la vía del libre arbitrio —facul-

tad ajena a la jurisdicción revisora del Tribunal Supremo en el caso— sea por la de la aplicación del Derecho, sustantivo y procesal, el resultado de la Sentencia que se impugna es el de haber establecido una condena al pago de esperas y/o demoras conforme a la póliza de fletamento en un procedimiento inadecuado, sin alegaciones pertinentes de las partes, con violación, por tanto, de los principios de audiencia y contradicción integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la CE, sin perjuicio, aunque ello va implícito en la infracción constitucional aludida, de la extralimitación jurisdiccional desde la perspectiva de la indebida atribución arbitral de fondo y de la exclusión del Juez predeterminado por la Ley y el convenio de las partes.

De acuerdo con lo expuesto, procede estimar el recurso de amparo, pero sólo en lo que respecta a una de las peticiones formuladas de modo alternativo, es decir, declarando únicamente nula la Sentencia impugnada en el punto b) de su fallo.

FALLO

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

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por «Empresa Nacional del Petróleo, Sociedad Anónima», y, en su virtud:

Anular parcialmente la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1987, dejando sin efecto el apartado b) de su

fallo relativo a las esperas y demoras.

La doctrina del Tribunal Constitucional resulta, en este caso, cuando menos, discutible. Ha habido una inmensa benevolencia en considerar que la infracción tenta trascendencia constitucional, cuando lo más probable es que sólo sea una cuestión de legalidad ordinaria, tópico que en la mayor parte de los casos podía sin remedio muchos recursos de amparo. En este caso, y sería bueno que siempre fuera así, ha prosperado la manga ancha en cuanto a la admisión del recurso.

En el fondo todo se reduce a una interpretación del alcance de las facultades del Tribunal Supremo, al hacer uso del artículo 1.736 LEC. El recurso de nulidad contra laudos de equidad tiene una eficacia harto limitada y casi diría que intrascendente para servir de verdadero control del arbitraje de equidad. El Tribunal Supremo está con las manos atadas para revisar las eventuales «burradas» que, en nombre de la equidad, se pueden haber producido en el laudo. La única vía que permite un camino alambicado para tratar de entrar en el fondo del laudo es la incongruencia (art. 1.733, 3.º LEC) y, aún así, con el carácter limitado que establece el art. 1.736. El papel del Tribunal Supremo, según reiterada jurisprudencia de su Sala Primera, es meramente negativo sin que pueda suplantar a la jurisdicción arbitral. Seguramente, en este caso, el Tribunal Supremo trataba de aprovechar al máximo las facultades que pueden deducirse del art. 1.736 LEC para que el arbitraje fuera verdaderamente útil y definitivo para las partes y no quedasen cabos sueltos. El Tribunal Constitucional no le ha dejado

cambiar la doctrina y para ello se ha visto obligado a efectuar no pocos malabarismos jurídicos. Descontada la incongruencia porque conducía a una cuestión de legalidad ordinaria y era más que dudosa, si se examinan los extremos del compromiso arbitral, sólo queda como fundamento del amparo el totum revolutum del penúltimo párrafo del FJ 5 de la sentencia, que prima el arbitraje a ultranza.

Yo no digo que en todo ello no se

pueda ver trascendencia constitucional. Pero la reflexión de fondo para mí es otra: Después del arbitraje, el recurso de nulidad y el recurso de amparo, las partes siguen sin haber solucionado sus diferencias en cuanto a las esperas y demoras, que, salvo mala lectura por mi parte, era uno de los extremos del compromiso (Antecedente 2 del recurso de amparo). ¿Quién quiere hablar de eficacia...?

F. RAMOS

**LA PROTECCIÓN EUROPEA
DE LOS DERECHOS HUMANOS
COMO INICIO DE UNA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL EUROPEA ***

Prof. Dr. JOCHEN ABR. FROWEIN
Vicepresidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos
Heidelberg

SUMARIO:

I. Origen del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). — II. El sistema de protección jurídica. — III. El recurso interpuesto por los Estados. — IV. El recurso de carácter individual. — V. Efecto e interpretación del Convenio. — VI. Desarrollo de la jurisprudencia: 1. Derechos humanos elementales; 2. La protección de la libertad; 3. Las garantías procesales jurídico-estatales; 4. Los derechos de libertad; 5. Protección de la vida privada y de la familia; 6. Protección de la propiedad. — VII. Los efectos de las resoluciones del Tribunal para el ordenamiento jurídico alemán. — VIII. El futuro del sistema del Convenio.

I. ORIGEN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

Los horrores causados por la segunda guerra mundial prepararon una nueva orientación del Derecho Internacional Público por la que esta rama del Ordenamiento jurídico incluía también como materia

* Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (Universidad de Sevilla). El presente artículo apareció en la revista alemana *Juristische Schulung*, 1986, II. Agradezco al Prof. Frowein la autorización para su publicación y también al estudiante de Jurisprudencia de la Universidad de Heidelberg, Alexander Jung, sus consejos en la traducción.

Los artículos sin indicación legal se refieren al CEDH. Las resoluciones del Tribunal se citan según la Serie A (GH 20), las de la Comisión por la recopilación *Decisions and Reports (DR)*.

propia la protección de los derechos de las personas. El Estatuto de las Naciones Unidas dispone en su art. 1.3 como objeto de la Organización «fortalecer la vigilancia de los derechos humanos y libertades fundamentales para todos sin diferencias de raza, de sexo, de lengua o religión». Teniendo como base el art. 13 de este Estatuto se aprobó por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10-12-1948, la Declaración General de Derechos Humanos, primer documento importante de Derecho Internacional Público a este respecto. Pero al ser una Resolución de la Asamblea General, esta declaración no posee de forma directa fuerza jurídica obligatoria, aunque debería servir de modelo vinculante para los Tratados de Derecho Internacional Público. En Naciones Unidas se necesitó hasta 1966, año en que se aprobaron los Pactos sobre los derechos ciudadanos y políticos, de un lado, y sobre los derechos económicos, sociales y culturales, de otro, y que entraron en vigor en 1976.¹

El Consejo de Europa, primera organización europea, que había sido fundada en 1949, se consagró también desde el principio a la protección de los derechos humanos. Según el art. 3 del Estatuto, todos los Estados miembros reconocen la supremacía del derecho y el principio según el cual a cualquier persona que se encuentre sometida a la soberanía de un Estado miembro deben serle reconocidos los derechos humanos y libertades fundamentales. Según el artículo 1, b, deben alcanzarse estos objetivos mediante la celebración de Convenios. Influida claramente por la Declaración general de derechos humanos se aceptó por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, ya el 9-9-1949, un Proyecto de Convenio Europeo de Derechos Humanos que fue reelaborado por diversas Comisiones y que pudo ser suscrito en Roma el 4-11-1950. El Convenio entró en vigor el 3-9-1953 tras la ratificación de diez Estados. Hoy son 21 los Estados miembros del Consejo de Europa que están sometidos al Convenio. Son todos los Estados de la Europa libre, con excepción de Finlandia pero con la inclusión de Turquía. Diversos Protocolos adicionales se han unido al Convenio.²

1. Ambos pactos han sido ratificados por la República Federal Alemana. BGBI 1973 II. 1543, 1570.

2. Para el CEDH, vid. FROWEIN-PEUKERT, *Europ. Menschenrechtskonvention, EMKR-Komm.*, 1985.

II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se distingue de los Pactos de Naciones Unidas en que con la Comisión y con el Tribunal europeo de derechos humanos se han instituido dos órganos de carácter judicial a los que se ha transferido la interpretación de las garantías. Sólo el Convenio americano de derechos humanos conoce un sistema parecido. Éste, en efecto, entró en vigor en 1978 y el Tribunal interamericano de derechos humanos no ha pronunciado hasta ahora ninguna sentencia en caso de recursos individuales.³

La Comisión europea de derechos humanos fue constituida el 18-5-1954; el Tribunal europeo de Derechos humanos el 21-1-1959. La Comisión es el órgano ante el que deben interponerse los recursos de los Estados según el art. 24, y los recursos individuales según el artículo 25 del Convenio. Examina la admisibilidad y determina en los casos de recursos individuales si por su manifiesta falta de fundamentación deben rechazarse. Si la Comisión declara admisible un recurso tiene el cometido, según el art. 28 del Convenio, de determinar los hechos y convocar a las partes para, si se diera el caso, alcanzar un acuerdo amistoso. De los 1.189 recursos interpuestos hasta finales de 1985 la Comisión ha declarado admisibles 450.⁴ Aumenta de forma ostensible la tendencia de las resoluciones con las que se declaran como admisibles los recursos. En los últimos años se han declarado admisibles alrededor del 6 al 8 % de los recursos.

Un presupuesto de admisibilidad especialmente importante es naturalmente el agotamiento de la vía de los recursos dentro de cada Estado, que según el art. 26 del Convenio es siempre presupuesto para acudir al órgano de Estrasburgo.⁵ Para la República Federal Alemana esto significa que un recurso constitucional tiene que interponerse siempre ante el Tribunal Constitucional Federal cuando los derechos contemplados en el Convenio y los derechos fundamentales de la Constitución sean idénticos o en todo caso ampliamente coincidentes. El recurso según el art. 25 solamente puede interponerse cuando hayan transcurrido seis meses desde la última resolución interna estatal.

3. Entre otros, BUERGENTHAL, *Protecting Human Rights in the Americas*, 2. Aufl. (1986).

4. Estadísticas de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

5. FROWEIN-PEUKERT (vid. nota 2), Art. 26 Nr. marginal 17.

La posibilidad de un acuerdo amistoso, según el art. 28, b, procede de un conocido procedimiento arbitral en el Derecho Internacional Público. La Comisión tiene entonces el cometido de vigilar atentamente que el acuerdo sea conseguido sobre la base de la observancia de los derechos proclamados en el Convenio. Esto significa que la Comisión puede dar sólo el consentimiento para el acuerdo si ante una probable infracción se garantiza de forma satisfactoria el que tales infracciones se eviten en el futuro. El número de casos de acuerdos amistosos no es especialmente alto, aunque ciertamente ha aumentado en los últimos años.⁶ Cuando no se consigue el acuerdo amistoso, la Comisión, según el art. 31, emite un informe que se parece a una sentencia, pero que no es vinculante. Con el envío del informe al Comité de Ministros del Consejo de Europa comienza el plazo de tres meses dentro del cual la Comisión o el Estado afectado pueden recurrir ante el Tribunal (art. 48). Desgraciadamente, hasta ahora ningún particular puede recurrir directamente ante el Tribunal. En los últimos años la Comisión somete al Tribunal prácticamente todos los casos en los que ella ha establecido una infracción del Convenio o en los que al menos aparecen cuestiones difíciles de interpretación. De este modo, aproximadamente desde 1976, ha podido desarrollar progresivamente todas las garantías del Convenio que se incluyen en la jurisprudencia del Tribunal, y que comienzan a poder ser comparadas con la jurisprudencia sobre derechos fundamentales de los tribunales constitucionales nacionales.

Si no se recurre ante el Tribunal decide definitivamente, según el art. 32, el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Aquí se muestra un error en la configuración del Convenio, que se retrotrae a 1950, ante la indecisión de los Estados por establecer de forma realmente efectiva la protección jurídica dentro del sistema del Convenio. Está en relación directa con uno de los puntos más frágiles del Convenio. Al igual que el recurso de carácter individual, según el art. 25, también la competencia del Tribunal, según el art. 46, presupone la declaración de sumisión de los Estados. Hoy casi todos los Estados han aceptado el recurso individual de conformidad con el art. 25. Falta sólo Malta, Chipre y Turquía.⁷ Para estos tres Estados sólo cabe la

6. Hasta fines de 1985 se habían arreglado amistosamente 40 casos según el art. 28 b. (Estadísticas de la Comisión Europea de Derechos Humanos.)

7. Según leemos en el n.º 4, 1987, de la *Zeitschrift ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, p. 778, el Gobierno de la República de Turquía el 29 de enero de 1987 ha depositado en la Oficina del Secretariado General

posibilidad, que ofrece el art. 24, del recurso estatal. Pero las declaraciones de los Estados se limitan casi siempre por un período de tiempo.

Esto ocurre incluso con Estados de los que no debía sospecharse, por natural, la prórroga en la declaración de sumisión, según el art. 25, como es el caso de la República Federal Alemana, cuya declaración de sumisión expira el 1-7-1986, y que ha expresado el prorrogarla a sólo tres años en vez de cinco. Evidentemente, se muestra así un criterio que pudiera ejercer una presión más segura sobre los órganos del Convenio. Valga ello como un ejemplo a lamentar en un Estado que dispone en Europa de uno de los más amplios y elaborados sistemas internos de protección de los derechos fundamentales. Lo que demuestra que con frecuencia la voluntad expresada solemnemente por ensanchar los pasos hacia una integración europea luego puede ser ignorada en la práctica.

III. EL RECURSO INTERPUESTO POR LOS ESTADOS

Con la ratificación del Convenio cada Estado queda vinculado por el art. 24 sin necesidad de una especial declaración de sumisión y, por tanto, cualquier Estado miembro puede entablar un recurso contra otro por infracción del Convenio. El Estado reclamante no hace valer un derecho propio ni tampoco precisa expresar ningún tipo de interés en el resultado del litigio. El Estado, con el recurso previsto en el art. 24, expone ante la Comisión⁸ una infracción del *public order of Europe*, del *ordre public* europeo, en expresión de la propia Comisión. Los recursos interpuestos por los Estados no son frecuentes porque los Estados no se deciden por este procedimiento a menos que tengan motivos de mucha gravedad, por lo que las consideraciones políticas juegan naturalmente un papel decisivo. Hasta ahora se han presentado ante la Comisión los siguientes recursos:

El primero lo planteó Grecia el 2-6-1956 y el 12-10-1957 con dos recursos contra Gran Bretaña que afectaban a la situación de Chipre.⁹ El 11-1-1961 Austria recurrió contra Italia por un asunto que

del Consejo de Europa una declaración de acuerdo con el art. 25 del CEDH. Las ulteriores referencias en el texto deben entenderse corregidas en este sentido. (N. del t.)

8. Resolución 788/60, Austria v. Italia, Y b (*Yearbook of the European Convention on Human Rights*) 4, 116, 140.

9. R. 176/56 Yb 2. p. 182; R. 299/57, Yb 2, p. 186. Informe no publicado.

concernía a un proceso penal en el sur del Tirol.¹⁰ El 24-1-1968 Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda recurrieron contra Grecia por entender que se habían infringido numerosos derechos del Convenio por el régimen militar que entonces imperaba en ese país.¹¹ El 16-7-1970, y por razones similares, Dinamarca, Suecia y Noruega presentaron un nuevo recurso contra Grecia ante la Comisión.¹² El 1-10-1972 presentó Irlanda un recurso contra el Reino Unido que se refería al tratamiento de personas sospechosas de terrorismo y otras personas en Irlanda del Norte.¹³ El 26-5-1975 y el 10-7-1978 recurrió Chipre contra Turquía por razón de la ocupación de la parte norte de la isla de Chipre por tropas turcas en el verano de 1974 y por la infracción subsiguiente de derechos del Convenio en esa área.¹⁴ El 1-7-1982, finalmente, presentaron Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Holanda un recurso contra Turquía por la supuesta inobservancia de derechos del Convenio por el régimen militar turco.¹⁵

Un somero examen de los recursos interpuestos por los Estados muestra que sólo en pocos casos no existía un interés propio por parte del Estado recurrente. En este sentido, se puede indicar la realización del ordenamiento público europeo por medio del procedimiento impugnatorio efectuado por los Estados, precisamente, en los casos de los recursos interpuestos contra Grecia por el estado de cosas bajo la dictadura, y el recurso contra Turquía por el menosprecio de los derechos del Convenio bajo el régimen militar. En los restantes recursos tenía el Estado recurrente un interés especial o actuaba con responsabilidad jurídica en favor de ciudadanos afectados por una supuesta infracción de derechos del Convenio.

El reconocimiento de que los Estados sólo en limitadas circunstancias hacen uso del recurso estatal no debería conducirnos ciertamente a emitir un juicio erróneo. Con el art. 24 está asegurado muy fuertemente un sistema muy especial para la seguridad de un modelo mínimo en la protección de los derechos humanos en todos los Estados firmantes del Convenio. Muestra de ello son los casos de los recursos interpuestos contra Grecia y Turquía, como reacción, en todo caso,

10. R. 788/60, Yb 4, p. 116, Informe, Yb 6, 742.

11. R. 3.321/67 entre otras, Yb 11, 691, Informe Yb 12 II The Greek Case.

12. R. 4.480/70 entre otras, Yb 13, 109, Informe de 4-10-1976.

13. R. 5.310/71, Yb 15, 92, Sentencia GH 25 = 25 EuGRZ 1979, 149.

14. R. 6.780/74 entre otras, DR 2, 125, Informe publicación especial, E 8.007/77, DR 13, 85, Informe no publicado.

15. E 9.940/82 entre otras, ZaöRV 44 (1984), 350. Este recurso se ha arreglado amistosamente: EuGRZ 1986, 186, con juicio crítico de RUMPF, p. 177.

de algunos Estados europeos cuando surgen problemas graves con respecto a la protección de los derechos humanos no sólo en casos aislados sino en general en un Estado.

IV. EL RECURSO DE CARÁCTER INDIVIDUAL

El recurso de carácter individual, conforme al art. 25, es comparable a mayor escala con el recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. Con él se hacen valer pretensiones por infracciones concretas de las garantías del Convenio que afectan directamente a un particular. Como no se requiere asistencia obligatoria de abogado, parecido a lo que ocurre ante el Tribunal Constitucional Federal, es también muy alto el número de los recursos que se interponen. Se registran ante la Comisión anualmente entre quinientos y seiscientos recursos.¹⁶ Sin embargo, lo esencial son las cartas de queja que se presentan. El número de estas llamadas *provisional files* es de dos a tres mil.¹⁷ Se trata de cartas de quejas cuya inadmisibilidad como recurso puede ser establecida de forma inmediata. Un miembro del Secretariado de la Comisión advierte entonces al recurrente o proponente de la queja del motivo de esta inadmisibilidad. Si el proponente no insiste, la queja no se registra. Corresponde, por tanto, al proponente de la queja que su expediente se registre como recurso y que se presente ante la Comisión, lo que ocurre incluso cuando la inadmisibilidad es completamente evidente. Este tipo de quejas se resuelven en el llamado procedimiento sumario. La resolución de desestimación, muy brevemente fundamentada, se pasa a los miembros de la Comisión antes de la constitución de la sesión. Al comienzo de la sesión se citan únicamente los números de las quejas. Si no hay oposición, la resolución se confirma.

De forma especial el procedimiento establecido para el recurso individual, conforme al art. 25, ha llevado a que tanto la Comisión como el Tribunal puedan cumplir sus cometidos como vigilantes de las garantías jurídicas del Convenio. Por eso hay que lamentar especialmente que los Estados no hayan aprobado, como ya se dijo, el reconocimiento del derecho del recurso de carácter indi-

16. Las estadísticas en 1985 alcanzaban 582. Hasta 1-7-1986 se habían registrado en este año 364 recursos.

17. 1985; 2831; hasta 1-7-1986/818.

vidual como una cosa natural. Hasta ahora se esperaba que se podría conseguir persuadir pronto de ello incluso a Turquía, Malta y Chipre, que todavía están fuera del sistema del recurso individual, pues sólo con la aceptación del art. 25 es cuando al Convenio se le puede tomar realmente en serio. La reducción del plazo de sometimiento realizado por la República Federal Alemana pone una interrogación con respecto a la actitud de un Estado que desde el principio era partidario del sistema del recurso individual.

V. EFECTO E INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO

El CEDH es, en primer lugar, un tratado internacional que crea obligaciones entre los Estados miembros. El art. 1 indica claramente que con su entrada en vigor como tratado internacional y de forma inmediata todos los derechos individuales enunciados en el Convenio han de ser salvaguardados por todos los Estados sometidos a la jurisdicción del Convenio. Con la ratificación por cada Estado miembro se pueden hacer valer los derechos subjetivos que el Convenio establece.¹⁸ Desgraciadamente, ello no significa que estos derechos derivados del Convenio se pudieran imponer también como derecho interno de cada Estado. Esto es lo que ocurre, sin duda, en la mayoría de los Estados. En la República Federal Alemana el Convenio, tras la ley de adhesión, se ha convertido, según el art. 59, II, de la Ley Fundamental (Constitución), en parte efectiva del Ordenamiento jurídico alemán. Es aplicable de forma directa ante los tribunales alemanes y autoridades administrativas. Un recurso constitucional no puede fundarse ciertamente sólo en los derechos garantizados en el Convenio,¹⁹ pero también el Tribunal Constitucional Federal los invoca, aunque de forma muy limitada, para la interpretación de los derechos fundamentales.

En los países escandinavos, Gran Bretaña, Irlanda y Malta, por el contrario, el Convenio no tiene valor como derecho interno.²⁰ Esto estriba en el hecho de que estos Estados, ante la integración de los tratados internacionales en el Derecho interno, acaban en un estricto dualismo. En ninguno de estos Estados una ley ha hecho aplicables, como tal Derecho interno, los artículos del Conve-

18. El Tribunal europeo lo ha indicado especialmente, GH 25, 91 = EuGRZ 1979, 149.

19. Vid. últimamente EuGRZ 1986, 439.

20. Los pormenores de RESS, en I. MAIER (Hrsg.), *Europ. Menschenrechtsschutz*, 1982, pp. 260 y ss.

nio. Aquí reside también una considerable fragilidad del sistema de Convenio que inexcusablemente debería ser resuelta.

Según el art. 1, todos los poderes públicos, en sus diversas formas, están sometidos a la observancia de los derechos garantizados en el Convenio. También del CEDH pueden originarse obligaciones de actuación positiva para los órganos estatales. Así sucede con el art. 2 cuando proclama que el derecho de todo hombre a la vida debe ser protegido legalmente. Tanto la Comisión como el Tribunal han reconocido las obligaciones positivas que se pudieran derivar también de otros derechos. Por ejemplo, el art. 8.1 indica las obligaciones que origina el respeto a la vida familiar y la necesidad de regular su protección en este ámbito mediante leyes. Por esta razón contraviene el art. 8 una norma belga según la cual la madre no casada debía reconocer sólo formalmente a su hijo.²¹ En los casos británicos conocidos como *closed-shop* se resolvió que del art. 11, que garantiza la libertad de asociación, se deriva una obligación del Estado para proteger legalmente este derecho también en las relaciones entre empleador y trabajador. La Comisión y el Tribunal llegaron a la conclusión de declarar que era admisible la conducta imputada al poder legislativo y que por lo tanto la responsabilidad del Estado estaba fundada.²² La Comisión y el Tribunal también han examinado un caso muy especial como infracción del Convenio, por la ausencia de un precepto penal que en el Derecho penal sexual holandés produjo un vacío al dejar sin protección legal a una mujer mentalmente irresponsable como consecuencia de una violación.²³

Como todos los catálogos de derechos fundamentales, también el Convenio de derechos humanos es rico en conceptos relativamente amplios y cuya concreción sólo se realiza en el caso individual. Esto sucede con expresiones como «inhumano» o «degradante» e incluso con un concepto como el de «libertad». En el caso *Guzzardi*, la Comisión y el Tribunal tuvieron que examinar si el confinamiento en una parte de una isla de 800 m × 2 km, donde existía un establecimiento penal, suponía una privación de libertad en el sentido del Convenio, lo que el Gobierno italiano negaba.²⁴ Los dos órganos del Convenio afirmaron que a la parte recurrente se le podía censurar aquí una

21. Marckx, GH 31, 15 = EuGRZ 1979, 454.

22. Vid. la nota 55.

23. GH 91 = EuGRZ 1985, 297.

24. GH 39, 32 = EuGRZ 1983, 633.

privación de libertad. El Tribunal ha designado en más de una ocasión al Convenio como *living instrument*, es decir, que no debería ser interpretado sólo por la comprensión de su redacción. La fórmula puede suscitar malas interpretaciones. Cada norma jurídica responde siempre a situaciones fácticas sociales nuevas, por lo que vive con el cambio de las relaciones que quiere regular. Esto origina, naturalmente, un problema especial en los supuestos de garantías amplias como es lo típico con un catálogo de derechos fundamentales. La Comisión y el Tribunal deben cerciorarse con especial cuidado del consenso que prestan los Estados miembros. Lo que pueda considerarse como «castigo degradante» debe determinarse nuevamente en cada ocasión. No se puede establecer mediante investigaciones históricas. A este respecto, por ejemplo, la interpretación hecha por la Comisión y el Tribunal de que un castigo corporal impuesto judicialmente y llevado a cabo por la policía no constituye un castigo degradante no sería decisivo lo que a estos efectos se hubiere podido convenir en 1950.²⁵

VI. DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA

A continuación expondremos el desarrollo de la jurisprudencia que se fundamenta en el Convenio en alguno de sus más importantes aspectos. De este modo se podrá apreciar cuál es la significación práctica de las garantías.

1. Derechos humanos elementales

Las infracciones del art. 2, que protege la vida, son afortunadamente raras en Europa. La Comisión, en el recurso estatal interpuesto por Chipre contra Turquía, estableció una contravención de gran relieve cuando en 1974 personas civiles perdieron la vida por la ocupación efectuada por los soldados turcos.²⁶ También en otros diversos procedimientos ha debido esclarecer la Comisión el significado del artículo 2. Hasta ahora la Comisión ha dejado en suspenso en qué modo la protección de la vida comprende también la del feto.²⁷ El que la

obligación de protección estatal no pueda ofrecer de un modo general una seguridad absoluta contra los embates terroristas es inequívoco.²⁸ Un problema especial se planteó con un caso en el que según la exposición del Gobierno británico se había disparado con la intención de matar cuando unas personas querían sustraerse a la detención. Normalmente esto no sería incompatible con el art. 2, II, b. El caso se arregló gracias a un arreglo amistoso.²⁹ La utilización de pelotas de goma que en un caso concreto había conducido a la muerte de un joven no lo valoró la Comisión como una contravención del art. 2.³⁰

El art. 3 ha jugado un considerable papel en el recurso estatal contra Grecia y en el procedimiento de Irlanda contra Gran Bretaña. Las llamadas *deep interrogations techniques* que habían sido utilizadas en el caso de Irlanda las ha considerado la Comisión y el Tribunal como una contravención al art. 3, y la Comisión incluso como una forma moderna de tortura.³¹ El art. 3 contiene una escala de criterios variables. El punto más delicado de medidas que abarca el art. 3 son los tratamientos o penas degradantes. La Comisión y el Tribunal han calificado, de forma concorde, los castigos corporales impuestos judicialmente como castigo degradante.³² El Tribunal ha advertido en este caso, de forma especial, el desarrollo del modelo en Europa, y hecho presente que el empleo institucionalizado de la violencia en la imposición judicial de castigos corporales debería ser considerado como una agresión a la dignidad de la persona y a su integridad física y que atentaría contra el art. 3.³³ También la Comisión ha estimado, según el art. 3, casos extremos de castigos corporales en las escuelas. En esta materia ciertamente se ha logrado alcanzar un acuerdo.³⁴

Se han examinado numerosas veces las condiciones de las prisiones, conforme al art. 3, aunque no se ha establecido hasta ahora ninguna infracción.³⁵ En los supuestos de extradición y expulsión también concierne el art. 3³⁶ por cuanto que si amenazan peligros reales de tortura o de tratamientos inhumanos no se debe acceder a la expulsión o extradición al país donde estos hechos suceden.

25. Tyrer, GH 26, 15 = EuGRZ 1979, 166.

26. B 6.780/74 Chipre v. Turquía, pp. 110-119.

27. EuGRZ 1978, 199; 1981, 20; vid. también Öster VerfGH, EuGRZ 1975, 74, 78.

28. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 2 Nr. marginal 7.

29. R. 9.013/80, DR 30, 96.

30. R. 10.044/82 v. 10-7-1984.

31. GH 25, 65 = EuGRZ 1979, 153.

32. TYRER GH 26, 14 = EuGRZ 1979, 164.

33. TYRER GH 26, 14 = EuGRZ 1979, 164.

34. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 3 Nr. marginal 8.

35. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 3 Nr. marginal 10.

36. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 3 Nr. marginal 18.

2. La protección de la libertad

El art. 5 contiene las garantías fundamentales de la libertad personal. En el párrafo 1 se enumeran de forma terminante las razones, dentro de lo posible cada vez más detalladamente circunscritas, para la privación de libertad. Los restantes párrafos contienen importantes garantías procesales. Las alternativas del párrafo 1 están establecidas de tal manera que todas las habituales formas de privación de libertad pudieran ser dispuestas sin dificultad. Sin embargo los problemas surgen, como acontece con el caso de la lucha antiterrorista. Así, en Gran Bretaña son posibles largos períodos de encarcelamiento sin sospecha concreta contra las personas afectadas como medida de control. La Comisión ha examinado en un caso el art. 5, I, b, como fundamento de un encarcelamiento limitado para efectuar controles.³⁷ En un caso reciente contra Bélgica se plantea la cuestión de si se puede justificar con el art. 5 el arresto realizado nueve veces por catorce días de un joven, después de lo cual se decretaba su internamiento forzoso en un establecimiento de tipo correctivo pedagógico. En el caso en cuestión la ley belga permite un arresto de 14 días para encontrar un establecimiento de esas características, y como ya no existen establecimientos de ese tipo el joven ingresó nueve veces, una detrás de otra, en la cárcel.³⁸

Según el art. 5, III, cualquier detenido por causa de una acción penal debe ser conducido inmediatamente ante un juez u otro que legalmente ejercite funciones judiciales, como funcionario autorizado. La designación de esta garantía en algunos casos durante los últimos años ha llegado a ser muy clara. Se ha demostrado que en Suecia frecuentemente los detenidos son interrogados sólo por funcionarios policiales. La Comisión y el Tribunal han establecido una infracción en algún caso semejante.³⁹ Igualmente, con respecto a casos sucedidos en Holanda en que, en efecto, esta situación especial concernía a soldados, se determinó un infracción del artículo 5, III.⁴⁰ En un caso suizo la Comisión y el Tribunal han declarado que la independencia relativa de un fiscal de distrito, según el Derecho del cantón de Zurich, puede ser considerada una autoridad en el sentido del art. 5, III.⁴¹ El Tribunal, en efecto,

37. DR 25, 15, Mc Veigh y otros v. GB.

38. R. 9.106/80 v. 9-5-1985.

39. Mc Goff GH 83, 26 = EuGRZ 1985, 670.

40. EuGRZ 1985, 700.

41. Schiesser GH 34, 13 = EuGRZ 1980, 201.

aclaró que ese fiscal de distrito no podría desarrollar el papel del Fiscal en un procedimiento judicial y que sería muy de celebrar si sólo al juez se le encomendasen las tareas enunciadas en el artículo 5, III.

Conforme al art. 5, IV, cualquiera debe tener la posibilidad de apelar a un tribunal para que decida sobre la legalidad de la orden de prisión. Esta garantía proviene del Derecho inglés, el llamado procedimiento de *habeas corpus*, y ha llevado a dictar numerosas resoluciones. En el Derecho holandés no existía la posibilidad de un control de legalidad ante el internamiento por causa de enfermedad mental.⁴² Ahora la situación ya ha cambiado. El procedimiento inglés, en los casos de internamiento forzoso de enfermos psíquicos, no permitía al tribunal ningún examen de tipo material. La Comisión y el Tribunal lo valoraron como una contravención al art. 5, IV,⁴³ por lo que la ley correspondiente debió cambiarse.

Cuando se compara el número de personas en prisión con el de la población de los Estados europeos se muestra que existen en este punto evidentes y considerables diferencias.⁴⁴ Hoy, como antes, se podría constatar que en Alemania existen muchas más personas en prisión provisional que en Gran Bretaña. Se tiene en ocasiones la impresión de que a la significación fundamental que tanto el Convenio como la Ley Fundamental (Constitución) asignan a la libertad personal no se la toma en cuenta en los casos de determinación de la prisión. La Comisión y el Tribunal hasta ahora no han tenido ninguna oportunidad de examinar respecto a la cuestión de qué grado de sospecha sea suficiente y cómo pueda determinarse sin suficientes fundamentos.

3. Las garantías procesales jurídico-estatales

El art. 6 del Convenio contiene garantías muy detalladas, sobre todo en favor del acusado en el proceso penal que, en parte, son más amplias que las garantías constitucionales del procedimiento judicial. Así, por ejemplo, en el párrafo 1, el derecho a obtener una resolución judicial dentro de un plazo adecuado, lo cual en el Derecho alemán no se garantiza expresamente. De este modo no puede maravillar a nadie el que se estableciese una infracción del Convenio en el caso

42. Winterwerp GH 33, 24 = EuGRZ 1979, 650.

43. X v. GB GH 46, 28 = EuGRZ 1982, 101.

44. S. TRECHSEL, EuGRZ 1980, 514.

de un proceso penal alemán que en total duró 17 años hasta ser resuelto en cosa juzgada.⁴⁵ También en un procedimiento judicial administrativo, que duró cerca de diez años hasta su resolución en primera instancia, apreciaron los órganos del Convenio una infracción del art. 6, I.⁴⁶ Esto muestra también que el art. 6, I, en contra de su tenor literal en la traducción alemana, no sólo encuentra aplicación cuando se trata de «pretensiones de carácter civil» en el sentido del Derecho alemán. Mejor lo expresa el texto inglés y el francés, así como la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal y, cuando según el Derecho alemán. Mejor lo expresan el texto inglés y francés, así como jurídica calificada como pública. Pero hay que añadir que sobre esta distinción, como siempre, no existe mucha claridad. Según la jurisprudencia de los últimos años, ya es evidente que cuando se trate de actividades profesionales que por principio son de libre configuración, el *civil right* se ve afectado siempre que el Estado interfiera en el ámbito de las relaciones jurídicas.⁴⁷

En los párrafos 2 y 3 del art. 6 se contienen las garantías específicas para el proceso penal. La presunción de inocencia que se formula en el párrafo 2 excede a la del Derecho alemán, y significa, según la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal, que la determinación de la culpa sólo puede resultar tras una sentencia de culpabilidad. Las indicaciones, en las resoluciones sobre costas después del sobreesimiento que determinen la culpa del anteriormente acusado, suponen una contravención del art. 6, II.⁴⁸ Las garantías del acusado que se encuentran en el párrafo 3 son reconocidas en general en el Derecho procesal penal de los Estados miembros, aunque ciertamente existen excepciones. El sistema del art. 6, III, y el principio del proceso justo del art. 6, I, se corresponde sólo con un proceso penal en el que el acusado esté presente y pueda defenderse. El procedimiento italiano en rebeldía que no conocía la posibilidad de revisión fue declarado contrario al Convenio.⁴⁹ La necesidad de la defensa, aun cuando el acusado no disponga de los necesarios recursos económicos, está consignada expresamente en el art. 6, III, c. En el caso *Pakelli* se determinó la infracción de esta garantía en el proceso penal alemán, cuando el Tribunal Supremo Federal, que fijó la fecha de la fase del juicio oral

45. Eckle GH 51 = EuGRZ 1983, 371.

46. König GH 27 = EuGRZ 1978, 406.

47. Últimamente, Bentham GH 97 = EuGRZ 1986, 299.

48. Minelli GH 62 = EuGRZ 1983, 475.

49. Colozza GH 89 = EuGRZ 1985, 631.

del recurso de casación, rechazó la solicitud para la designación del defensor que había sido nombrado al inicio del procedimiento.⁵⁰

El art. 6, III, e, garantiza al acusado que no comprenda el idioma en que se desarrollan los actos del juicio la asistencia gratuita de un intérprete. A este respecto, en la antigua regulación alemana era claro que el condenado tenía que pagar al intérprete, pero la Comisión y el Tribunal establecieron que suponía una contravención al Convenio, por lo que el Derecho alemán tuvo que modificarse.⁵¹ En otro procedimiento la Comisión y el Tribunal determinaron en cada caso, frente a una apreciable minoría, que también le es de aplicación al procedimiento por ilícitos administrativos el procedimiento previsto en el art. 6, III, e.⁵² Aunque los fundamentos no aparecen aquí convincentes la fuerza vinculante de la sentencia del Tribunal debe ser observada. Valga como aclaración a este respecto que en el Anexo sobre gastos procesales la expresión utilizada de «proceso penal» en el sentido del CEDH debe ser referida tanto al proceso penal formalmente considerado como al procedimiento por ilícitos administrativos en el caso de que exista oposición ante el Tribunal.⁵³ Los tribunales alemanes deberán decidir en este sentido.

4. Los derechos de libertad

La libertad de asociación y de reunión tiene un considerable papel en la jurisprudencia de los órganos del Convenio. El Tribunal ya lo proclamó en su sentencia de julio de 1986 en el caso *Lingens v. Austria*.⁵⁴ Se reconoció de modo unánime una infracción de la libertad de prensa y de la libertad de expresión cuando un periodista fue condenado por las ofensas proferidas contra el entonces Canciller *Kreisky* y cuya conducta había criticado de «inmoral», «indigna» y «del más repugnante oportunismo».

También en un procedimiento contra la República Federal Alemana se ha determinado recientemente una infracción contra la libertad de prensa. Un veterinario de Hamburgo, a preguntas de un periodista, se había manifestado muy críticamente sobre las previsiones nocturnas de carácter veterinario en Hamburgo. Esto se consideró impropio de su condición profesional y fue condenado a no repetirlo en el

50. *Pakelli* GH 64 = EuGRZ 1983, 344.

51. *Luedicke, Belkacem, Koc* GH 29 = EuGRZ 1979, 34.

52. *Öztürk* GH 73 = EuGRZ 1985, 62.

53. Así también *Ress* (cit., nota 19), pp. 275 y ss.

54. *EuGRZ* 1986, 424.

futuro. El recurso constitucional no fue admitido a trámite. La Comisión y el Tribunal decidieron la existencia de una infracción porque esa restricción de la libertad de expresión y de prensa no sería compatible con el art. 10, II.⁵⁵ En la interpretación de las cláusulas limitativas que se añaden a los derechos de libertad, tanto la Comisión como el Tribunal han aplicado de forma creciente en los últimos años el principio de proporcionalidad. Los párrafos 2 de los arts. 8-11 prevén, en cada caso, qué se debe prescribir, con una limitación legal, respecto a qué determinados objetivos debe servir y qué debe ser «necesario» en una sociedad democrática. En el caso *Barthold*, la medida de proporcionalidad contenida en el concepto de necesidad condujo a la Comisión y al Tribunal a admitir la infracción.

La pregunta de en qué forma el art. 11, que expresamente contempla la libertad de asociación sindical, garantiza también la libertad de no asociación sindical fue objeto de los casos ingleses *closed shop*. Los recurrentes que habían trabajado parcialmente mucho tiempo (18 años) en los ferrocarriles británicos fueron despedidos sin previo aviso por haber rehusado el afiliarse a un sindicato después de haber celebrado con la empresa británica de ferrocarriles un denominado contrato *closed shop*. La Comisión y el Tribunal dictaminaron ambos una infracción sin resolver completamente el problema del aspecto negativo de la libertad de asociación.⁵⁶ No obstante, expresaron la opinión de que era contraria al Convenio la coerción concreta de adherirse a un sindicato bajo la amenaza de perder el puesto de trabajo en estos supuestos. Entretanto se modificó la legislación y los recurrentes afectados consiguieron cantidades altas en concepto de indemnización.

5. Protección de la vida privada y de la familia

De forma más clara que la Ley Fundamental alemana, coetánea en el tiempo, protege el Convenio no sólo la vida familiar sino también la vida privada. Y esto vale también expresamente para la vivienda y la correspondencia postal, bajo la cual se entienden todas las modernas formas de comunicación. Las medidas de vigilancia han sido examinadas en numerosas ocasiones respecto a su compatibilidad con el art. 8. La Comisión y el Tribunal apreciaron una contravención al art. 8 ante la ausencia de una norma legal en las escuchas de conversaciones telefónicas en el caso *Malone v. Gran Bretaña*.⁵⁷

55. *Barthold* GH 90 = EuGRZ 1985, 170.

56. *Young, James, Webster* GH 44 = EuGRZ 1981, 559.

57. *Malone* GH 82 = EuGRZ 1985, 17.

En el caso *Dudgeon*, la Comisión y el Tribunal apreciaron una infracción del art. 8 por el hecho de que existiera una prohibición de la homosexualidad también para personas mayores de 21 años, lo que realmente no se cumplía sino que sólo se aplicaba ocasionalmente por intervenciones policiales.⁵⁸ Precisamente del art. 8 la jurisprudencia ha hecho derivar de forma considerable la obligación de una protección positiva. La separación de los niños de sus padres requiere un exacto examen de los criterios del art. 8, II.⁵⁹ También hay que observar los requisitos del art. 8 en las resoluciones de expulsión cuando de ello se siga una injerencia en la vida familiar.⁶⁰ En qué forma el art. 8 garantiza que los familiares del expulsado puedan también marcharse no se ha resuelto hasta ahora de modo definitivo.

6. Protección de la propiedad

Se garantiza la protección de la propiedad en el art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH. Había sido mucho tiempo dudoso cómo interpretar la disposición, dado que no se contenía expresamente una obligación de indemnización en los casos de expropiación. Mientras tanto, la Comisión y el Tribunal tuvieron la oportunidad de aclarar ampliamente la interpretación del art. 1 con motivo de algunos casos ingleses.⁶¹ Esta disposición contiene una garantía de indemnización no escrita para los supuestos normales, porque sin esta garantía la propiedad no podría contemplarse de modo efectivo, y una privación de la propiedad sin indemnización no podría ser calificada como una medida proporcional. En un caso referido a Suecia, determinó el Tribunal por primera vez una infracción del art. 1 que tenía que ver con las denominadas autorizaciones de expropiación que en un caso estuvieron vigentes más de 23 años y de ello se habían seguido considerables restricciones para el propietario.⁶² También las medidas referentes a los vínculos de propiedad, según la terminología alemana, son conformes con el art. 1, II, en concordancia con el posible interés general, aunque precisan ser revisadas en virtud de la regla de la proporcionalidad.⁶³

58. *Dudgeon* GH 5 = EuGRZ 1983, 488.

59. *Frowein-Peukert* (cit., nota 2), Art. 8 Nr. marginal 21.

60. *Frowein-Peukert* (cit., nota 2), Art. 8 Nr. marginal 23.

61. *James* GH 98, *Lithgow* GH 102 = ZaöRV 46 (1986).

62. *Sporrong and Lönnroth* GH 52 = EuGRZ 1983, 523.

63. *Frowein-Peukert* (cit., nota 2), Art. 1 I. ZP Nr. marginal 26.

VII. LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN

Según el art. 52 la resolución del Tribunal es definitiva, y conforme al art. 53 los Estados tienen la obligación formal de ajustarse a dicha resolución. Son derechos derivados del Convenio y por tanto obligaciones de Derecho internacional público. La sentencia no tiene efectos asimilables a la casación. El Tribunal no puede por sí revocar el acto estatal objeto del recurso. Ello lo muestra también de modo indirecto el art. 50, que atribuye competencia al Tribunal para acordar una indemnización cuando las leyes internas de los Estados sólo posibiliten una reparación imperfecta. El Tribunal acuerda con frecuencia indemnizaciones. La obligación para los Estados derivada del art. 53 es manifiesta cuando se le añade una indemnización según el art. 50. La determinación de ser contraria al Convenio efectuada por el Tribunal pasa además en autoridad de cosa juzgada, y tiene como consecuencia que el Estado no puede defender la opinión acerca de que las medidas que se discuten no serían contrarias al Convenio ni frente al afectado ni frente a los órganos del Convenio.⁶⁴

Más difícil de contestar es la pregunta de bajo qué presupuestos produce el art. 53 la obligación de originar cambios en el Ordenamiento jurídico u otras medidas. Allí donde por vía legislativa resulte que aún persiste una infracción del Derecho contenido en el Convenio para un recurrente, se impone, en virtud del art. 53, la obligación inmediata de efectuar un cambio legislativo.⁶⁵ Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el caso *Dudgeon*, en el que la Comisión y el Tribunal han estimado la lesión del derecho del recurrente en la normativa sobre la homosexualidad en Irlanda del Norte. Gran Bretaña ha tenido que modificar esa legislación. Pero también incluso en un procedimiento de recurso individual se estableció de forma indirecta la incompatibilidad de una ley con el Convenio y sin que de ello se sigan otros efectos para el recurrente. Corresponde sólo al sentido garantizador del Convenio, y con ello al sistema configurado de protección jurídica, el que el Estado también esté obligado a evitar tal infracción en supuestos semejantes. Por ello la norma en cuestión deberá modificarse.⁶⁶

64. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 53 Nr. marginal 1.

65. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 53 Nr. marginal 6.

66. FROWEIN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 55 Nr. marginal 6-10.

Como el CEDH se ha convertido en Derecho interno alemán, se siguen de los arts. 50, 52 y 53 también obligaciones en el Derecho interno. Por su transformación en Derecho interno se originan obligaciones de naturaleza de Derecho internacional público paralelamente en preceptos de Derecho interno. La decisión judicial de una indemnización conforme al art. 50 implica también la obligación de resarcimiento por parte del Estado en el caso que hubiera sido demandado ante los tribunales ordinarios en un supuesto de falta de pago (§ 40, II, VwGO). También hay que destacar los efectos de cosa juzgada de los arts. 52 y 53 sobre el Derecho interno alemán. De la observancia del efecto jurídico vinculante de la cosa juzgada resulta que un ilícito jurídico del Convenio, y con él también ilícito en el Derecho alemán, del acto estatal determinaría que la declaración es vinculante para todos los órganos públicos alemanes que tienen que respetarlo. Cuando existan posibilidades para impugnar la ilegalidad hay que examinar su aplicabilidad. Esto vale también en relación con la deducción de pretensiones de resarcimiento según el Derecho alemán.

Cuando se declarase contrario al Convenio, el acto estatal alemán que desarrolle aún efectos futuros y en los que se pudiera contemplar la persistencia de la infracción, tiene que observarse el efecto del artículo 53 en el Derecho alemán. Ello trae como consecuencia que es inadmisibles el mantenimiento de una medida declarada por el Tribunal sustancialmente contraria al Convenio y que, de seguir vigente, vulneraría las garantías del Convenio. Un buen ejemplo es la privación de libertad que contraviene el art. 5. En este caso, la observancia del art. 53 exige que hay que terminar con la reiterada infracción producida por la privación de libertad. De ahí se sigue la declaración efectuada por el Tribunal de ser contraria al Convenio y la obligación contenida en el art. 3 de tener que respetar esta resolución.

El Tribunal Constitucional Federal alemán parece querer reconocer este efecto de las resoluciones del Tribunal. Mientras que reconoce correcto que, según el Derecho alemán, no existe obligación de revocar los actos de los poderes públicos que el Tribunal ha declarado contrario al Convenio, también admite expresamente el que se resuelva de otro modo cuando la infracción persista en el futuro.⁶⁷ Es evidente que en este caso podría pensarse que hay una obligación de observancia según el Derecho alemán.

En el caso de que una sentencia se desprenda de forma terminante que una ley estatal es contraria al Convenio, la vinculación con el

67. EuGRZ 1985, 654 = ZaöRV 46 (1986), 286 con nota de FROWEIN.

mismo que se deriva del art. 53 conduce también a que en el futuro, ante casos semejantes de infracción al Convenio, hay que actuar de la misma forma.⁶⁸ Normalmente, debería ser claro que el legislador tiene que reaccionar cuando de una sentencia del Tribunal resulte que una ley alemana es contraria al Convenio.⁶⁹ Esto también ha sucedido en numerosos casos. En suma, que cada vez se reconocen más explícitamente las repercusiones del Convenio y de la jurisprudencia de sus órganos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

VIII. EL FUTURO DEL SISTEMA DEL CONVENIO

El CEDH tiene una clara repercusión integradora en la comprensión de los derechos fundamentales y *praxis* de los Estados miembros. A este respecto se añade la formación de un modelo de derechos fundamentales europeos de carácter general como un elemento más de integración europea a la Comunidad europea en sentido estricto, y que muchas veces se vinculan únicamente con este modelo. Es ciertamente lamentable que en el sistema del Convenio no se hayan podido superar determinados defectos. Sería urgentemente necesario reducir y mejorar el complicado procedimiento con su división entre la Comisión, el Tribunal e incluso el Comité de Ministros. La solución óptima sería la configuración de un Tribunal de Derechos Fundamentales europeo de carácter permanente que pudiera resolver de forma inmediata sobre los recursos basados en el Convenio. Seguramente para ello se necesitaría primero el convencimiento de los tres Estados que todavía no reconocen el procedimiento del recurso individual, pues sólo del reconocimiento de este procedimiento resulta la justificación para ser participe del sistema del Convenio. Esto debería conseguirse con la voluntad política de los Estados miembros, y podría pensarse que es un objetivo alcanzable.

A veces se plantea la cuestión de si el recurso interpuesto por los Estados conforme al art. 24 se muestra conveniente como una vía directa para acudir al Tribunal. Las experiencias actuales han indicado, sin embargo, que también la Comisión actúa plenamente el cometido de un tribunal. Por lo que se refiere a la posibilidad de un

68. FROWEN-PEUKERT (cit., nota 2), Art. 53 Nr. marginal 7.

69. Esto sucede en medida considerable. Otras indicaciones en *European Commission on Human Rights, Stock-Taking on the European Convention on Human Rights*, 1984, Supplement 1985.

acuerdo amistoso, también un órgano judicial puede designar uno de sus miembros para la discusión sobre tales soluciones. De ello existen suficientes ejemplos en los derechos estatales internos. Además, también pudiera ser una solución la incorporación de Abogados Generales, como sucede, por ejemplo, en el Tribunal de las Comunidades Europeas en Luxemburgo. En todo caso, es esencial que el excesivo lapso de tiempo en la tramitación de los procedimientos, que resultan del hecho que la Comisión y el Tribunal son órganos cuyos miembros no están siempre presentes en Estrasburgo, se reduzcan mediante una enérgica decisión política de los Estados miembros.⁷⁰ De lo contrario, amenaza el gran peligro de que los éxitos conseguidos con el sistema del Convenio en los últimos años queden sepultados.

70. Vid. FROWEN, en *Festschrift für Carstens*, 1984, pp. 327 y ss.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

REVISTA DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS (1985-II)

I. DERECHO PROCESAL GENERAL. PODER JUDICIAL Y ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES

A) España

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Teoría y práctica del proceso», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 1, pp. 9 a 43.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 1984, pp. 77 a 91.
- ANZIZU FUREST, «Informática en los Tribunales de Justicia», *Poder Judicial*, 1985, 15, pp. 23 y ss.
- ARA PINILLA, I., «Consideraciones en torno a la Teoría de la Justicia y a los derechos humanos», *Revista de las Cortes Generales*, 1985, n. 7, páginas 205 y ss.
- ARTILES DE CÓRDOBA, F., «De la sentencia cuyo fallo es conocido antes de iniciarse el pleito», *Revista del Foro Canario*, 1985, pp. 153 y ss.
- AUSERE PÉREZ, A., «Cautelas ante el jurado», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 1, pp. 43 a 45.
- BLAS ZULETA, L., «Organización judicial china», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 495, pp. 3813 y ss.
- BUJIDOS GARAY, P., «En espera de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas», *Presupuesto y Gasto Público*, n. 23, 1985, pp. 9 y ss.
- CARRETERO PÉREZ, A., «Incidencia actual de la Constitución sobre el Poder Judicial», *Homenaje a C. Ruiz del Castillo*, Madrid, 1985, pp. 41 y ss.
- CASADO HERCE, G., «Modernizar o revolucionar la Justicia», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 2, pp. 44 a 49.
- DÍEZ PICAZO, L., «Constitución, Ley, Juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, n. 15, pp. 9 y ss.
- DOLZ LAGO, M. J., «Notas sobre el futuro reglamento orgánico del Ministerio Fiscal», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1377 a 1379, pp. 3 y ss.
- DREZE, M., «Misión y atribuciones del Tribunal de Cuentas de Bélgica», *Presupuesto y Gasto Público*, n. 23, 1985, pp. 19 y ss.

- FAIRÉN GUTIÉRREZ, V., «Colofón a un comentario de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1.º de julio de 1985», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 3, pp. 623 a 631.
- , «Refuerzo de las órdenes judiciales por medio de medidas específicas indirectas: las *astrintes* y el *contempt of court* en el Tribunal de las Aguas de Valencia», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 1, pp. 43 a 65.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, C. J., «El Tribunal de Cuentas», *Comentarios a las Leyes Políticas* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. X, Madrid, 1985, pp. 327 y ss.
- GISBERT, A., «La obligatoriedad de la función del jurado», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 53 y ss.
- GISBERT GISBERT, A., «El jurado y la LOPJ», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 492, pp. 2595 y ss.
- GÓMEZ CALERO, J., «Ensayo sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales Militares después de la Constitución», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 1757 y ss.
- GÓMEZ GIL, M. G., «Una infraestructura judicial diferente», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 67 y ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Jueces y Abogados», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 4, pp. 57 a 59.
- GRANADOS CALERO, F., «Ante el umbral de una nueva Ley: La Ley Orgánica del Poder Judicial», *Revista de Trabajo*, 1985, n. 21, pp. 23 y ss.
- HERIBERTO BRICCHI, A., «La codificación uniforme de reglas sobre ética profesional de los Abogados», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 2, pp. 81 a 87.
- HERRERA CASCOÁN, «La función de los oficiales de la Administración de Justicia en la nueva LOPJ», *Procuradores*, 1985, pp. 15 y ss.
- INSTITUTO DE SOCIOLOGÍA Y PSICOLOGÍA JURÍDICAS DE BARCELONA, «Estat de l'Administració de Justicia a Catalunya», *Sociologia y Psicologia Jurídicas*, 1984-1985, n. 11, pp. 97 y ss.
- LANDWERLIN, J.-F., «La organización y el funcionamiento de los Tribunales de Mónaco», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1399, pp. 7 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «La Administración de Justicia y la utilización del idioma cooficial en la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 13, 1985, pp. 287 a 295.
- MANZANA LAGUARDA, R., y BORONAT TORMO, M., «Notas de urgencia sobre la vigente LOPJ», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 492, pp. 2607 y ss.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., «Tres sentencias del Tribunal Constitucional de interés procesal», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 488-491, pp. 2153 y ss.
- MÉNENDEZ REXACH, E., «Interpretación judicial y derechos fundamentales», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 383 y ss.
- MONTERO AROCA, J., «Los Tribunales de Trabajo entre el pasado y el porvenir», *Revista de Seguridad Social*, 1983, pp. 9 a 49.
- MUÑOZ CAMPOS, J., «Razón de ser de la Abogacía», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 939 y ss.
- , «Los Abogados y sus Colegios», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 1, pp. 45 a 51.
- OLIVA, A. DE LA, «Sobre la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 2, pp. 339 a 365.
- OTERINO, P., «La procuraduría en el momento actual de la Administración de Justicia», *Procuradores*, 1985, pp. 19 y ss.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Notas sobre el Secretariado en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 23 de febrero de 1985», *Revista de Trabajo*, 1985, n. 21, pp. 11 y ss.
- PEDROL RIUS, A., «La Abogacía y los Poderes», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 3, pp. 63 a 67.
- POMARÓN BAGUES, J. M., «El vídeo, ¿medio probatorio?», *Relaciones Laborales*, 1985, pp. 1077 y ss.
- PUNSET BLANCO, R., «El control jurisdiccional de la actividad de las asambleas parlamentarias y del estatuto de sus miembros en el Derecho español», *Revista de las Cortes Generales*, 1985, 5, pp. 35 a 95.
- RODRIGO RAMOS, L., «Un primer paso hacia la modernización de la Justicia», *Revista de Trabajo*, 1985, n. 21, pp. 15 y ss.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J., «El delito de prevaricación judicial», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 89 y ss.
- RODRÍGUEZ GIL, M., «Para un estudio de la Sentencia de deposición de Alfonso X», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1985, n. 9, monográfico, pp. 103 y ss.
- ROMERO MORENO, J. M., «Reflexiones en torno a la evolución del Poder Judicial español en el siglo XIX», *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, pp. 357 y ss.
- RUIZ SÁNCHEZ, J. L., «Libertad y justicia», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 481 y ss.
- SAINZ DE VICUÑA BARROSO, A., «El derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios de los abogados», *La Ley*, 1985, suplemento n. 3, año VI, pp. 1 y ss.
- SERRANO ALBERCA, J. M., «Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales: un análisis del artículo 24 de la Constitución Española», *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, pp. 435 y ss.
- SOMALO, J. A., «Repaso a la organización judicial de los Estados Unidos», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 144 y ss.
- SORIANO, R., «Argumentos y líneas de un jurado de escabinos para España», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 41 y ss.
- TOHARIA, J. J., «La Administración de Justicia española diez años después: muchos cambios y algunas continuidades», *Sociologia y Psicologia Jurídicas*, 1984-1985, n. 11, pp. 7 y ss.
- TORNOS MAS, J., «La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13, 1985, pp. 71 y ss.
- VALLEJO, J., «La regulación del proceso en el Fuero Real: Desarrollo, precedentes y problemas», *Anuario Historia Derecho Español*, 1985, pp. 495 y ss.

B) Extranjero

- AIROLDI, P. A., «L'assistenza legale al non abbienti. La vicenda, il dibattito e le indicazioni di un'esperienza», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 485 y ss.
- ARLOTH, F., «Verfahrenshindernis und Revisionsrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 417 y ss.
- ASSINI, N., «Consiglio superiore della magistratura, sorteggio e rotazione», *Diritto e Società*, 1985, pp. 369 y ss.
- BALAZ, J., «Weiterbildung der Justizkader in der Slowakischen SR», *Neue Justiz*, 1985, 9, pp. 369 a 371.
- BESSONE, M., «Magistratura e sistema politico. L'inquietante scenario degli anni Ottanta», *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, pp. 301 y ss.
- BÄUMER, H., «Vom Diskussionsforum zur Keimzelle alternativer Praxis in der Justiz? Bericht über den 7. Richterratschlag», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 71 y ss.
- BÖTTCHER, H. E., «Anmerkung zu Salvatore Senese, Unabhängigkeit der Justiz und gesellschaftliche Veränderung», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 83 y ss.
- CICALA, M., «Quale Consiglio superiore per questa società», *Questione Giustizia*, 1985, I, pp. 191 y ss.
- COCCHI, V., «Sulla distinzione tra sentenze definitive e non definitive (osservaz. cass. 21 dicembre 1984, n. 6659)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, páginas 1742 y ss.
- FASSONE, E., «Riflessioni sul tema della prova», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 509 y ss.
- FAZIO, V., «Formazione professionale e cambiamento: una proposta di analisi sulla magistratura», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 287 y ss.
- FERRARI, G., «Il giuramento nella tematica della responsabilità dei magistrati», *Diritto e Società*, 1985, pp. 403 y ss.
- FICI, G., «In materia di provvedimenti tabellari (ripartizione dei magistrati tra i diversi uffici della stessa sede) (nota a cass. 27 settembre 1984, n. 4827)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 389 y ss.
- , «Ulteriori osservazioni sulla procedura disciplinare a carico di magistrati: deposito degli atti e natura dei termini sollecitatori (nota a cass. 18 ottobre 1984, n. 5252)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1159 y ss.
- , «L'insindacabilità in sede disciplinare dei provvedimenti del giudice (nota a cass. 28 marzo 1985, n. 2181)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 2229 y ss.
- , «La destituzione del magistrato (nota a cass. 25 gennaio 1985, n. 365)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1363 y ss.
- , «Sulla ricsusazione dei componenti della sezione disciplinare del C.S.M. (nota a cass. 30 gennaio 1985, n. 59 ord)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 2783 y ss.
- FONSECA, G. F., «Il governo della magistratura in Portogallo (dalla rivoluzione costituzionale del 1982)», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 901 y ss.
- FROSINI, V., «Amministrazione e politica della giustizia», *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, pp. 318 y ss.
- GALLO, D., «Il mestiere del giudice tra storia e utopia (rileggendo alcune

- vicende giudiziarie sul tema della pace della guerra)», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 668 y ss.
- GASPERINI, A., «Vizi di notificazione di atti processuali a persone giuridiche (osservaz. cass. 6 dicembre 1984, n. 6432)», *Giustizia Civile*, 1985, I, páginas 3147 y ss.
- GEIBLER, M., «Die Vollstreckungslagen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 1865 y ss.
- GIANARIA, F., y MITTONE, A., «Avvocato tra cittadino e Stato; collocazione e funzione di un ruolo», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 341 y ss.
- GRASSI, L., «Le molte ragioni per la soppressione dei manicomi giudiziari», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 435 y ss.
- HARRLAND, H., «Aufgaben der Staatsanwaltschaft bei der Zusammenarbeit mit den gesellschaftlichen Gerichten», *Neue Justiz*, 1985, 1, pp. 4 a 7.
- HASE, F., «Meinungsfreiheit und Richteramt», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 142 y ss.
- HEUSINGER, H. J., «Aufgaben der Gerichte und Staatlichen Notariate in Vorbereitung auf den XI. Parteitag der SED», *Neue Justiz*, 1985, 10, pp. 390 a 392.
- HEUSINGER, H. J., «Aktuelle Aufgaben der Justitiare in der neuen Etappe der Verwirklichung der ökonomischen Strategie», *Neue Justiz*, 1985, 6, pp. 221 a 224.
- JOSWIG, D., «Zur Erstattungsfähigkeit von Gutachterkosten», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 1323 y ss.
- KELLER, «Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft», *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 1983, páginas 497 y ss.
- KLIMKE, M., «Haftung des Arztes für Prozeßkosten», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2744 y ss.
- LA VALLE, F., «Origine e sviluppo storico della giurisdizione disciplinare sui magistrati», *Diritto e Società*, 1985, pp. 425 y ss.
- LAPPE, F., «Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahre 1984», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 1875 y ss.
- MAGISTRATURA, «Uditori giudiziari e formazione professionale», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 175 y ss.
- MARASCA, G., «I problemi del Mezzogiorno nelle prospettive di intervento dell'organo di autogoverno della magistratura», *Questione Giustizia*, 1985, I, pp. 1 y ss.
- MARITATI, A., «Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati e in particolari gli arbitri», *Questione Giustizia*, 1985, IV, p. 894 y ss.
- MATTONE, S., «Il giudice naturale», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 561 y ss.
- MESSINA, R., «Sull'organo di autogoverno della magistratura militare (Osservaz. a Trib. mil. Bari, 4 giugno 1984)», *Il Foro Italiano*, 1985, II, pp. 18 y ss.
- MINNA, R., «Giudice penale, poteri locali e criminalità organizzata», *Democrazia e Diritto*, 1985, 1, pp. 161 y ss.
- MODONA, G. N., «Dichiarazioni dei pentiti e problema della prova», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 766 y ss.

- MOSCA, C. (a cargo de), «Io, giudice popolare (intervista a un giudice popolare del processo di appello per l'omicidio Moro)», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 661 y ss.
- MÜLLER, R., y PÜSCHEL, H., «Neues Program für das Berufspraktikum der Studenten an Kreisgerichten und Staatlichen Notariaten», *Neue Justiz*, 1985, 3, pp. 10 a 102.
- ONORATO, P., «L'indipendenza incompiuta, ovvero la mancanza di una adeguata cultura della giurisdizione», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 889 y ss.
- OTAKPOR, N., «Decisioni giurisdizionali e ideologia democratica: una analisi», *Diritto e Società*, 1985, pp. 71 y ss.
- PENTZ, A., «Keine Prozeßkostenhilfe nach Erledigung der Hauptsache», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 1820 y ss.
- PEPINO, L., «Il pubblico ministero tra indipendenza e controllo», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 588 y ss.
- PERLINGIERI, P., «Stato di diritto e politica della giustizia», *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, pp. 305 y ss.
- PIZZORUSSO, A., «Poteri del CSM e poteri del presidente del CSM circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 727 y ss.
- PORCELLA, A., «Omnipotenza dei giudici e controllo sociale alla prova del caso Sardegna», *Questione Giustizia*, 1985, I, pp. 201 y ss.
- RAMAT, M., «Il maxiprocesso», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 259 y ss.
- REIFNER, U., «Die Zerstörung der freien Advokatur im Nationalsozialismus», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 180 y ss.
- RICHEVAUX, M., «La non-reforme des tribunaux de commerce: absence de moyens ou de volonté politique?», *Droit Ouvrier*, 1985, pp. 159 y ss.
- ROSSI, E., y TARCHI, L., «Recenti convegni e studi in materia di ordinamento giudiziario», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 445 y ss.
- RÜPING, H., «Sind die Urteile des Volksgerichtshofes nichtig?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2391 y ss.
- SCHWARZ, A., «Sind die Urteile des Volksgerichtshofes nichtig?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2391 y ss.
- SEIDEL, K. J., «O sancta justitia! - Juristen in der Oper», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2126 y ss.
- SEIFERT, J., «Anmerkung zu Salvatore Senese, Unabhängigkeit der Justiz und gesellschaftliche Veränderung», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 82 y ss.
- SENESE, S., «Unabhängigkeit der Justiz und gesellschaftliche Veränderung», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 77 y ss.
- SORESINA, G., «Magistratura: alla ricerca di dati attendibili per un autogoverno effettivo», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 623 y ss.
- VIGNALE, M., «Il giudice tra pratica giudiziaria e famiglia in trasformazione», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 522 y ss.
- WITTENBECK, S., «Aktuelle Aufgaben der Öffentlichkeitsarbeit der Richter und Notare», *Neue Justiz*, 1985, 12, pp. 493 a 496.

II. DERECHO PROCESAL CIVIL

A) España

- AGUILÓ PEÑA, J. F., y GINEBREDÁ MARTÍ, C., «Las obligaciones en moneda extranjera y su exigibilidad en juicio», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 1727 y ss.
- ALEJANDRO TORRES, V., «Procedimiento para obtener indemnizaciones derivadas de daños causados por vehículos del Ministerio de Defensa», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1985, II, pp. 59 y ss.
- ALMAGRO NOSETÉ, J., «De los términos y plazos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 206 a 211.
- , «De las votaciones y fallos de los pleitos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 222 y ss.
- , «Del despacho ordinario y vistas», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 215 a 218.
- , «De los Magistrados Ponentes», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 221 y ss.
- , «Del juicio de menor cuantía», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 547 a 593.
- ALWIN, A., «Resistencia injustificada o andamento do processo», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 3, pp. 575 a 595.
- ARMENTA DEU, T., «Perspectiva de futuro de la cláusula compromisoria arbitral», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 329 y ss.
- ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C., «Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho Procesal aplicables por la jurisdicción civil», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 123 y ss.
- AUDIENCIA TERRITORIAL DE MADRID, «Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho sustantivo y procesal aplicables por la jurisdicción civil», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 1 y ss.
- BORRAJEIROS, Conde de, «El acto de conciliación y la prescripción extintiva», *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1985, n. 15, pp. 103 y ss.
- BUSTOS PUECHE, J. E., «La reforma del recurso de casación», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 1, pp. 37 a 43.
- CÁNOVAS, A., «La legitimación pasiva del sucesor del autor del despojo en el interdicto de retener y recobrar», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 488-491, pp. 1249 y ss.
- CASTRO FERNÁNDEZ, J. DE, «La reforma de casación», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 867 a 891.
- CERVERA GARCÍA, J. L., «El procedimiento monitorio en Alemania Federal», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 495, pp. 3763 y ss.
- , «Ejecución de laudos y sentencias extranjeras», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 495, pp. 3825 y ss.
- CORRAL MABILLY, J. E. DEL, «Competencia, auxilio judicial y calificación registral, el nuevo artículo 299 de la LEC», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 51 a 61.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Del despacho ordinario y vistas», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 219 y ss.
- , «Disposiciones transitorias, derogatorias y final de la Ley 34/1984», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 991 a 1001.
- , «De la ejecución de sentencias», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 665 a 670.
- , «Medidas provisionales en relación con la mujer casada», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 983 a 988.
- , «Del procedimiento ejecutivo», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 699 a 731.
- DELÁS UGARTE, M., «Denegación de eficacia civil de sentencias canónicas de nulidad matrimonial y recurso de amparo», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 489 y ss.
- DOMINGO BARBERÁ, F., «Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 61 a 85.
- ENTRENA KLETT, C. M., «El artículo 24 de la Constitución española y la ejecución provisional de las sentencias», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 115 y ss.
- GARCÍA HERGUEDAS, M. P.; SALAZAR GARCÍA, J., y GARCÍA GARCÍA, J. M., «Competencia para la expedición de mandamientos de anotación preventiva de embargo: ¿Ha sido reformado por la Ley 34/1984, de 6 de agosto?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, pp. 1083 y ss.
- GIMENO SENDRA, V., «De las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 153 a 163.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «El acceso gratuito a la justicia civil en España», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 4 y ss.
- , «El derecho a litigar gratuitamente en un proceso civil», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1986, 6, pp. 35 a 51.
- GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., «La Constitución y el recurso de casación y revisión», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, páginas 189 y ss.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Competencia judicial de los Tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero (observaciones sobre el Título XI del Anteproyecto de Ley Concursal)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, n.º monográfico de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 8, 1985, pp. 211 a 237.
- GONZÁLEZ-DELEITO, N., «La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (reformas, modificaciones, mutilaciones...», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 21 a 31.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., «La nueva casación civil», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 89 a 103.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., «Caracteres principales de la casación civil en la

- reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 1, pp. 65 a 121.
- JIMÉNEZ CONDE, F., «Control sobre apreciación de las pruebas en la nueva casación», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 103 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «Acercas de la cosa juzgada en los procedimientos ejecutivos hipotecarios», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, número 1388, pp. 3 y ss.
- , «El nuevo proceso civil de rectificación», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 2, pp. 49 a 57.
- , «La cosa juzgada en los procesos matrimoniales. Especial referencia a la Disposición Adicional 6.ª, 8.ª, de la Ley 30/81, de 7 de julio», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 3, pp. 617 a 623.
- , «La obligación del juez de fallar *secundum allegata et probata partium* y su incumplimiento por la Jurisprudencia del TS (Sala 2.ª) en materia de responsabilidad civil», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1985, 4, pp. 198 y ss.
- , «Una nueva hipótesis procedimental: el proceso civil para la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 2145 y ss.
- , «Reflexiones sobre la disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 827 y ss.
- LUMBRERAS VALIENTE, P., «Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos declarativos sometidos a la competencia de los Juzgados de Distrito», *Boletín Informativo Ministerio de Justicia*, número 1390, pp. 3 y ss.
- MARTÍ MINGARRO, L., «Exigibilidad del bastanteo de Letrado», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 5, pp. 58 a 61.
- MARTÍN MARTÍN, J. A., «La liquidez del débito como presupuesto legal para despechar la ejecución ante la reforma de los artículos 1.435 y 1.440. Incidencia en el examen previo de la documentación presentada con la demanda y en la posible oposición excepcionando la pluspetición», *Revista del Foro Canario*, 1985, 63, pp. 145 y ss.
- , «La autorización judicial para el internamiento psiquiátrico y la declaración de incapacidad legal», *Revista del Foro Canario*, 1985, n. 65, páginas 93 y ss.
- MARTÍN OSTOS, J., «Del juicio de desahucio», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 771 a 772.
- , «De las diligencias para mejor proveer», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 223 a 244.
- , «De los juicios declarativos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 367 a 368.
- , «Art. 127 Ley de arrendamientos rústicos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 1005 y siguientes.
- , «Art. 135 Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios Reforma Ley*

- Enjuiciamiento Civil** (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 1007 y ss.
- «Reglas para determinar el juicio correspondiente», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 369 a 402.
 - «De las cuestiones de competencia», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 131 a 150.
 - «De la ejecución de la sentencia de desahucio», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 774 a 776.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.**, «Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho Procesal aplicables por la jurisdicción civil», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 23 a 57.
- MILLÁN GARRIDO, A.**, «Retención de haberes militares», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 4, pp. 75 a 79.
- MONTERO AROCA, J.**, y **GÓMEZ COLOMER, J. L.**, «De la justicia gratuita», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 41 a 128.
- MONTERO AROCA, J.**, «De los embargos preventivos», *Comentario Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 673 a 686.
- «De los litigantes, Procuradores y Abogados», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 21 a 40.
 - «De los actos de conciliación», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 305 a 312.
- MORENA BALLESTEROS, A. DE LA**, «El derecho del quebrado a no declarar», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid* (dir. Cortés Domínguez), 1985, 5, pp. 23 a 29.
- MORENO CATENA, V.**, «De los juicios verbales», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 594 a 622.
- «Del recibimiento a prueba, su término y disposiciones generales», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 509 a 528.
 - «De los medios de prueba», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 528 a 546.
 - «Decreto de 21 de noviembre de 1952», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 1008 a 1036.
- MORENO MEYERHOFF, P.**, «La ejecución provisional (la reforma del artículo 385 de la LEC)», *Revista Facultad Derecho Universidad Granada*, 1985, pp. 107 a 125.
- MORENO TRUJILLO, E. M.**, «El defensor judicial y sus antecedentes», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1985, 8, pp. 179 y ss.
- MUERZA ESPARZA, J. J.**, «Estudio jurisprudencial del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio hasta la reforma de 6 de agosto de 1984», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 2, pp. 365 y ss.

- MUÑOZ SABATÉ, L.**, «Consideraciones sobre la comparecencia previa en el menor cuantía», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 47 a 61.
- MUÑOZ XANCO, J.**, «Las disposiciones transitorias de la Ley 6-8-1984 de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 429 a 439.
- NICOLÁS MARTÍ, J.**, «La comparecencia prevista en los nuevos artículos 691 y ss. de la LEC», *Revista del Foro Canario*, 1985, n. 63, pp. 131 y ss.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA**, «Novedades en el juicio ejecutivo de letras de cambio», *Revista de Derecho Notarial*, 1985, abril-junio, pp. 239 y ss.
- «Panorama general de la reforma de la LEC por la Ley 34/84», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 9 a 21.
- ONBECHA SANTAMARÍA, C.**, «La rectificación de noticias inexactas», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1405, pp. 3 y ss.
- ORTELLS RAMOS, M.**, «Del procedimiento ejecutivo», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, páginas 737 a 739.
- «De los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia y ejecución provisional de las mismas», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 247 a 302.
 - «De las apelaciones de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 641 a 656.
 - «De las apelaciones de las sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 657 a 662.
 - «De la segunda instancia. Disposiciones generales», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, páginas 639 a 641.
 - «De los exhortos, oficios y mandamientos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 164 a 200.
 - «Del juicio de desahucio», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 779 y ss.
 - «Del interdicto de retener o de recobrar», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 779 y ss.
- ORTELLS RAMOS, M.**, y **PASTOR BORGOÑÓN B.**, «De la presentación de documentos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 402 a 407.
- «De la demanda y emplazamiento», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 494 a 498.
 - «De la contestación, reconvencción, réplica y dúplica», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 506 a 509.
 - «Copias de los escritos y documentos y su objeto», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 407 a 422.

- PASTOR LÓPEZ, M., «La Ley 34/1984, de 6 de agosto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 1, páginas 121 a 169.
- PÉREZ DE VALENZUELA, J., «Liquidez procesal de la póliza de crédito (comentario de jurisprudencia)», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 499 y siguientes.
- , «¿Puede integrarse un título ejecutivo con un convenio de suspensión de pagos y su incumplimiento?», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 492, pp. 2635 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ, F., «De los exhortos, oficios y mandamientos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 201 a 206.
- , «De las excepciones dilatorias», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 498 a 505.
- , «Del aseguramiento de los bienes litigiosos», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 687 a 695.
- RODRÍGUEZ ALIQUÉ, A., «Algunas reflexiones respecto del procedimiento de incapacitación», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 2, pp. 407 a 417.
- RON SERRANO, F., «La determinación de la liquidez de las pólizas bancarias a los efectos de su ejecución», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 79 a 89.
- RUIZ VADILLO, E., «El Derecho civil (procesal y sustantivo) y la jurisprudencia constitucional», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 73 y ss.
- , «La prueba pericial. Función del perito tasador de accidentes de tráfico», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1985, 4, pp. 3 y ss.
- SANTOS BRIZ, J., «El recurso de casación. Su reforma por Ley 34/1984, de 6 de agosto, e incidencias de la misma en las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación», *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 827 y ss.
- SEGOVIA SÁNCHEZ, J. L., «La certificación del acto de conciliación: ¿título ejecutivo?», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 429 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La denuncia de las nulidades procesales tras la supresión legal del incidente de nulidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 33 a 47.
- , «Del recurso de casación», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 783 a 947.
- , «De los incidentes», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 625 a 636.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «El artículo 1428 de la LEC», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 6, pp. 61 a 79.
- TOMÉ PAULE, J., «La nueva regulación de la subasta en la LEC», *Procuradores*, 1985, pp. 10 y ss.
- TORTAJADA, E., «¿Existe un concepto legal de firma?», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 5, pp. 53 a 57.
- VACAS MEDINA, L., «Incidencia de la Constitución española de 1978 en la normativa reguladora de los actuales procesos de quiebra», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 57 y ss.

- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Del procedimiento de apremio», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 739 a 767.
- , «De los recursos contra laudos arbitrales», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 947 a 980.
- , «De la condena en costas», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 422 a 493.
- , «Del procedimiento ejecutivo», *Comentarios Reforma Ley Enjuiciamiento Civil* (dir. V. Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 732 a 736.
- VIDAL BLANCO, F., «El recurso de casación civil en la Ley 34/1984 y algunos aspectos constitucionales», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 231 y ss.
- VILLAGÓMEZ, A., «Procedimientos judiciales en los supuestos de extravío, sustracción o destrucción de letras de cambio, pagarés y cheques», *La Ley*, n. 1372, pp. 1 y ss.
- , «Las acciones de rectificación de informaciones difundidas por los medios de comunicación social: procedimientos administrativo y judicial», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1380, pp. 3 y ss.

B) Extranjero

- BENDA, E., «Formerfordernisse im Zivilprozeß und das Prinzip der Fairness», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 365 y ss.
- BERRI, G., «Processo agrario e nuovo rito del lavoro: regimen di preclusione delle prove in primo e secondo grado. Infracionabilità della prova testimoniale (Nota a Cass. 22 febbraio, 1985, n. 1583)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1648 y ss.
- BIRK, H. J., «Wer führt den Zivilprozeß - der Anwalt oder der Richter?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 1489 y ss.
- BISCHOF, H., «Heilung durch rüelose Einlassung im schriftlichen Verfahren gem. § 128 II und III», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 1143 y ss.
- BOVE, M., «Ammissibilità di decreto ingiuntivo in base a lodo arbitrale irrituale (osservaz. a cass. 19 giugno 1983, n. 3688)», *Giustizia Civile*, 1985, pp. 2723 y ss.
- , «Considerazioni sul ricorso incidentale condizionato e la correzione della motivazione (nota a cass. 3 luglio 1984, n. 3896)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1757 y ss.
- , «L'eccezione di incompetenza e l'art. 428 c.p.c. (nota a cass. 20 giugno 1984, n. 3754)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1447 y ss.
- BRINKMAN, H. J., «Wer führt den Zivilprozeß -de Anwalt oder der Richter?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2460 y ss.
- BÜLOW, P., «Zur prozeßrechtlichen Stellung des Antragsgegners im Beschlußverfahren von Arrest und Einstweiliger Verfügung», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 274 y ss.
- DENTI, V., «Riflessioni sulla crisi della giustizia civile», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 341 y ss.

- , «Quale futuro per la giustizia minore? (a proposito della L. 30 luglio 1984 n. 399)», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 15 y ss.
- DI BENEDETTO, M., «Sulla legittimazione passiva nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (nota a Trib. Palermo 26 febbraio 1985)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1813 y ss.
- DOGLIOTTI, M., «Il giudice della separazione e del divorzio ed i Servizi sociali», *Il diritto de famiglia e delle persone*, 1985, pp. 349 y ss.
- FERRONI, F., «Esercizio del diritto a conseguire prestazioni previdenziali (nota a cass. 12 luglio 1984, n. 4.087)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 2023 y ss.
- , «Giuramento suppletorio, condizioni di ammissibilità, appello (nota a cass. 15 dicembre 1984, n. 6571)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 3142 y ss.
- , «Nullità di atti incorsa nel giudizio di primo grado, regime processuale, rimedi (nota a cass. 27 novembre 1984, n. 6162)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 3157 y ss.
- FINOCHIARO, A., «La forma e il procedimento dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale innanzi al tribunale per i minorenni (nota cas. Trib. Min. Roma, 15 giugno 1985, Trib. Min. Catania 9 marzo 1985)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 2606 y ss.
- , «L'azione di disconoscimento di paternità e la prova dell'adulterio della moglie a mezzo degli esami ematologici e/o genetici (nota cass. 12 novembre 1984, n. 5687, 23 gennaio 1985, n. 541, 5 gennaio 1984, n. 20)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 746 y ss.
- , «Brevi considerazioni sulla pretesa non necessità della notifica dell'atto di riassunzione del processo interrotto al contumace (nota a cass. 9 marzo 1985, n. 1918)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1622 y ss.
- FORNACIARI, M., «Supposta l'erroneità della competenza per materia del giudice adito, si applica l'art 14 c.p.c.? (nota cass. 19 aprile 1984, n. 2586)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 868 y ss.
- , «Azione proposta di nanci a giudice carente di giurisdizione ed effetto interruttivo permanente della prescrizione (nota a cass. 12 giugno 1954, n. 3516)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1769 y ss.
- , «Nullità ed inammissibilità delle impugnazioni e appello proposto dal procuratore *extra districtum* (nota cass. 21 maggio 1984, n. 3132)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 840 y ss.
- GASPERINI, A., «Vizi di notificazione di atti processuali a persona giuridiche (osservaz. cass. 6 dicembre 1984, n. 6432)», *Giustizia Civile*, 1985, I, páginas 3147 y ss.
- GILLES, P., «Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherbandsklagen im deutschen Zivilrecht», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 1 y ss.
- GÖLZENLEUCHTER, R., «Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der sofortigen Beschwerde nach §§ 91 a II 1, 99 II ZPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2813 y ss.
- INOVE, H., «Der Zivilprozeß - als gleichberechtigtes Dialogverfahren», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 378 y ss.
- JANKE, G., «Aufklärung und Feststellung des Sachverhalts im Zivilprozeß», *Neue Justiz*, 1985, 6, pp. 230 a 233.

- KRENZ, M., «Die Parteifähigkeit regionaler Untergliederungen politischer Parteien im Zivilprozeß», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, páginas 2616 y ss.
- LANFRANCHI, L., «La riforma delle procedure concorsuali ed un recente disegno di legge delega», *Diritto e Giurisprudenza*, 1985, pp. 4 y ss.
- LEINHARD, C., «La compétence du juge aux affaires matrimoniales en tant que juge des référés entre dépôt de la requête en divorce et la tentative de conciliation», *Recueil Dalloz Sirey*, 1985, pp. 15 y ss.
- METTER, R., «Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der sofortigen Beschwerde nach §§ 91 a II 1, 99 II ZPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2813 y ss.
- MENCHINI, S., «Questione d'incompetenza per territorio in controversia previdenziale e prova della residenza dell'attore (nota cass. 6 aprile 1984, n. 2240)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 874 y ss.
- , «Domanda riconvenzionale non attinenti ad uno dei rapporti dell'art. 409 c.p.c. e decreto di fissazione di nuova udienza (nota a cass. 23 giugno 1984, n. 3701)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1764 y ss.
- , «Orientamenti giurisprudenziali in tema giudicato sulla giurisdizione (nota a cass. 5 novembre 1984, n. 5579)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1149 y ss.
- MÜSSIG, P., «Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Versäumnisurteil bzw. Vollstreckungsbescheid in den Fällen des § 719 I 2 2, HS ZPO ohne Sicherheitsleitung», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 324 y ss.
- NASSAL, W., «Die Grenzen des Ermessens des Berufungsgerichts bei der Anordnung der Wiederholung einer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 313 y ss.
- NIERWETBERG, R., «Die Behandlung materiellrechtlicher Einreden bei Beantragung des Versäumnisurteils gegen den Beklagten», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 442 y ss.
- NIGRO MAZZILLI, H., «Réus incertos ou desconhecidos no processo civil», *Justitia*, n.º 128, 1985, pp. 60 a 67.
- OLZEN, D., «Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 403 y ss.
- PIVETTI, M., y SORESINA, G., «Garanzie dei cittadini e controllo dei poteri nella giurisdizioni civile», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 781 y ss.
- PRAT, P., «Esperienze e riflessioni sul ruolo del pubblico ministero nel processo civile», *Questione Giustizia*, 1985.
- PROTO PISANI, A., «Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile (Nota a cass. 1 aprile 1984, n. 2369, 13 gennaio 1984, n. 276 e 21 dicembre 1983, n. 7530)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 2385 y ss.
- , «Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione (Osservaz. a Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 1881 y ss.
- PRÜTTING, H., y WETH, S., «Teilurteil zur Verhinderung der Flucht in die Wiederklage», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 131 y ss.
- QUADRI, E., «L'Essequatoria delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche: spe-

- rienze recenti e prospettive (Nota a cass. 14 novembre 1984, n. 5749 a 13 giugno 1984, n. 3535)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 452 y ss.
- RECHBERGER, W., «Bemerkungen zur österreichischen Insolvenzrechtsreform», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 257 y ss.
- ROHDE, V., y GACEK, H., «Die Rechtsprechung des Obersten Gerichts in Verfahren zur Feststellung und Anfechtung der Vaterschaft», *Neue Justiz*, 1985, 10, pp. 397 a 401, y 1985, 11, pp. 439 a 441.
- ROTH, H., «Die Klage auf künftige Leistung nach §§ 257-259 ZPO», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 287 y ss.
- SIEVEKING, W. M., «Zum Begriff der nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit i. S. des § 546 I ZPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2629 y ss.
- SILVA MARINHO, J. D. DA, «A igualdade e o código de processo civil», *Justitia*, n.º 128, 1985, pp. 19 a 37.
- SOBKOWSKI, J., «Das polnische Konkursrecht», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 336 y ss.
- STÜRNER, R., «Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 237 y ss.
- THÜMMEL, R. C., «Zum Gerichtsstand im Arretsverfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 472 y ss.
- VACCARELLA, R., «Il processo di interdizione e l'insufficienza mentale», *Rassegna di Diritto Civile*, 1985, pp. 716 y ss.
- VIGNALE, M., «Il procedimento civile per la riabilitazione dei tossicodipendenti», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 381 y ss.
- WALDNER, W., «Kognitionsgrenzen des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Zivilurteile», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 200 y ss.
- WIESER, E., «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 50 y ss.
- , «Der Grundsatz der Geeignetheit in der Zwangsvollstreckung», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1985, pp. 427 y ss.

III. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

A) España

- BASTIDA REJEDO, F. J., «Ley electoral y garantías judiciales», *Revista de las Cortes Generales*, 1985, n. 7, pp. 31 y ss.
- CANO MATA, A., «El principio de tutela judicial efectiva y su incidencia en el emplazamiento de codemandados y coadyuvantes en los procesos contencioso-administrativos», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 458 y ss.
- FORASTER SERRA, M., «Protección jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1985, n. 46, pp. 189 y ss.
- GALÁN MENÉNDEZ, A., «Jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento

- contencioso-administrativo», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 793 y ss.
- GARCÍA MANZANO, P., «La tutela judicial y el principio de seguridad jurídica. Algunos problemas que plantean en el recurso contencioso-administrativo», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 629 y ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O., «La tutela judicial y el principio de seguridad jurídica. Algunos problemas que plantean en el recurso contencioso-administrativo», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, páginas 705 y ss.
- GUAITA, A., «Control judicial y responsabilidad de la Administración», *Comentarios a las leyes políticas* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. VIII, Madrid, 1985, pp. 319 a 379.
- MALPICA-GONZÁLEZ-ELIPE, M., «Incidencia de la Constitución en el recurso de apelación del procedimiento contencioso-administrativo», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 765 y ss.
- PERA VERDAGUER, F., «El proceso contencioso-administrativo y la doctrina del Tribunal Supremo», *Homenaje a C. Ruiz del Castillo*, Madrid, 1985, pp. 457 y ss.
- SAINZ DE RUBLES, C., «La incidencia de la Constitución en lo contencioso-administrativo», *Homenaje a C. Ruiz del Castillo*, Madrid, 1985, pp. 511 y ss.
- SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C., «La incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 737 y ss.
- SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE VALLADOLID, «La tutela jurisdiccional de los intereses difusos en el ámbito contencioso-administrativo. Consideraciones en torno al artículo 7 del proyecto de LOPJ», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 713 y ss.
- SÁNCHEZ ISAC, J., «La ejecución forzosa de los actos de la administración y la inviolabilidad del domicilio en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Homenaje a C. Ruiz del Castillo*, Madrid, 1985, pp. 561 y ss.

B) Extranjero

- ANDRIOLI, V., «Il giudizio arbitrale presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Trieste», *Diritto e Giurisprudenza*, 1985, pp. 579 y ss.
- BEN ACHOUR, Y., «Justice des Madhalim et justice administrative moderne», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 1985, 2, pp. 109 a 120.
- NIGRO, M., «Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 121 y ss.
- ROMANO, A., «Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito (Nota a Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 2491 y ss.
- VERDE, G., «Norme processuali ordinarie e processo amministrativo», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 157 y ss.

VERRIENTI, L., «Sull ripensamento della Corte dei conti circa i rapporti tra giudizio penale e giudizio di responsabilità amministrativa (Nota a Corte dei conti, sez. II, 1.º ottobre 1984, n. 189)», *Il Foro Italiano*, 1985, III, pp. 215 y ss.

—, «Responsabilità administrativa di amministratori e di dipendenti di enti locali; osservaz. circa i rapporti tra la giurisdizione della Corte dei conti e quella del giudice ordinario», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 38 y ss.

IV. DERECHO PROCESAL LABORAL

A) España

ÁLVAREZ DE MIRANDA, J. M., «Especialidades procedimentales del proceso de Seguridad Social», *Revista de Seguridad Social*, 1983, pp. 135 a 177.

ÁVILA ROMERO, M., «Los depósitos para interponer los recursos de casación y su aplicación en el orden jurisdiccional laboral. Su constitucionalidad», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 629 y ss.

BLASCO SEGURA, B., «El procedimiento ejecutivo en materia de Seguridad Social», *Revista de Seguridad Social*, 1983, pp. 177 a 215.

BORRAJO DA CRUZ, E., «Efectos procesales de las pruebas obtenidas ilegalmente (nota a la sentencia 114/84, de 29 de noviembre, TC)», *Actualidad Laboral*, 1985, n.º 12, pp. 352 y ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «La legitimación sindical, procedimiento de conflicto colectivo y litisconsorcio pasivo necesario», *Relaciones Laborales*, 1985, n. 7, pp. 88 y ss.

GONZÁLEZ VELASCO, J.-P., «Las partes en los procesos sobre Seguridad Social: Capacidad y legitimación», *Revista de Seguridad Social*, 1983, páginas 409 y ss.

LORCA NAVARRETE, A. M., «El vídeo como fuente de prueba y su introducción en el proceso a través de la jurisdicción laboral», *Relaciones Laborales*, 1985, pp. 1073 y ss.

MARTÍN SERRANO, A. L., «La protección jurisdiccional de la libertad sindical», *Jornadas sobre el Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1985, pp. 213 y ss.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Hacia una reforma de los recursos de casación y de suplicación (I y II parte)», *Actualidad Laboral*, 1985, n.º 16, pp. 422 y ss.

—, «El orden social de la jurisdicción en el proyecto de LOPJ», *Actualidad Laboral*, 1985, n.º 26, pp. 669 y ss.

MUÑOZ CAMPOS, J., «La ejecución de sentencia que declara el despido nulo», *Relaciones Laborales*, 1985, pp. 69 y ss.

—, «Notas sobre el recurso de casación laboral», *Actualidad Laboral*, 1985, n. 55, pp. 2753 y ss.

—, «A vueltas con el arbitraje laboral», *Revista de Trabajo*, 1985, n.º 77, páginas 9 a 33.

OLIBET PALA, B., «El proceso especial de la Seguridad Social. Análisis particular de la prueba», *Relaciones Laborales*, 1985, 11, pp. 36 y ss.

PENDAS DÍAZ, B., «El proceso de ejecución laboral y la ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social», *Revista de Seguridad Social*, 1983, pp. 243 a 297.

RODRÍGUEZ SANOS, B., «Especialidades en recursos», *Revista de Seguridad Social*, 1983, pp. 215 a 243.

RUIZ VADILLO, E., «Incidencia de la Constitución en los recursos de casación y revisión en el orden jurisdiccional social», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 589 y ss.

SANTIAGO HERRERO, M., «El actual servicio de conciliación, arbitraje y asesoramiento en el Reino Unido», *Revista Política Social*, 1985, pp. 75 a 101.

TEJADA DEL CASTILLO, M., «La incidencia de la reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984 en la enajenación forzosa de la ejecución laboral», *Actualidad Laboral*, 1985, n.º 34, pp. 859 y ss.

—, «La incidencia de la reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984 en la enajenación forzosa de la ejecución laboral», *Actualidad Laboral*, 1985, 34, pp. 859 y ss.

ZORRILLA RUIZ, M. M., «Las jurisdicciones y los procedimientos sobre Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones», *Revista de Seguridad Social*, 1984, pp. 107 a 127.

—, «Aplicación por el juez ordinario de las normas constitucionales de Derecho social», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 495 y ss.

B) Extranjero

BALESTRIERI, F., «Osservazioni minime sulla legittimazione processuale di una organizzazione sindacale», *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1985, n.º 36, pp. 712 y ss.

BENAMARA-BOUAZIZ, S., «La caducité des demandes en matière prud'homme», *Droit Ouvrier*, 1985, pp. 1 y ss.

BONAMORE, D., «Legittimazione processuale degli organi statutari dei sindacati a norma degli artt. 39 Cost. e 36 c.c.», *Rivista Giuridica Lavoro*, 1984, parte seconda, pp. 284 y ss.

CECCHIELLA, C., «Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova (nota cass. 13 ottobre 1984, n. 5123 e 16 maggio 1984, n. 3009)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 787 y ss.

DE ANGELIS, L., «Avvocati e magistrati nel processo del lavoro», *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1985, n.º 36, pp. 411 y ss.

GOND, M., «Les conditions de la recusation d'un conseiller prud'homme», *Droit Ouvrier*, 1985, pp. 408 y ss.

KÄSTNER, K., y LISKER, I., «Anwendung von Gerichtskritiken und Hinweisen in Arbeitsrechtsverfahren», *Neue Justiz*, 1985, 11, pp. 465 y 466.

MENCHINI, S., «Eccezione di cosa giudicata e termini per la sua rilevanza nel rito del lavoro (nota a cass. 28 aprile 1984, n. 2667)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 453 y ss.

- PAOLO LUISO, F., «Ancora suo litisconsorzio necessario nelle cause di lavoro (osserv. Cass. 27 luglio 1984, n. 4481)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 1439 y ss.
- , «Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata (nota a Pret. Torno 12 settembre 1984)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 559 y ss.
- PERA, G., «Sulla procedura arbitrale per il licenziamento dei dirigenti (nota a Pret. Milano 5 giugno 1985)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 2369 y ss.
- SARAMITO, F., «La suspension des poursuites individuelles et les instances prud'homales», *Droit Ouvrier*, 1985, pp. 181 y ss.
- SIGNORETTO, F., «La competence exclusive du juge prud'homal pour contrôler l'application de l'article L. 122-12 du Code du Travail, même si au préalable le licenciement a été autorisé par l'administration», *Droit Ouvrier*, 1985, pp. 394 y ss.

V. DERECHO PROCESAL PENAL

A) España

- ALFONSO BOZZO, A. DE, «Sobre la inviolabilidad del domicilio», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 455 y ss.
- ÁLVAREZ PRIETO, L., «Libertad de expresión e inmunidad parlamentaria», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 5, pp. 9 a 13.
- AUSERE PÉREZ, A., «Cautelas ante el jurado», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 1, pp. 43 a 45.
- CID CEBRIÁN, M., «La nueva Ley de extradición pasiva», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 4, pp. 46 a 49.
- DÍAZ PALOS, F., y LATOUR BROTONS, J., «Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, páginas 459 y ss.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La prisión provisional», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 333 y ss.
- , «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», *Revista General de Derecho*, 1985, n. 493-494, pp. 3107 y ss.
- , «Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de sentencias», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 305 y ss.
- , «Constitución, Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: inconstitucionalidad sobrevenida e interpretación conforme a la Constitución», *Revista General de Derecho*, 1985, pp. 833 y ss.
- , «Constitución, Derecho penal sustantivo y Derecho procesal: inconstitucionalidad sobrevenida e interpretación conforme a la Constitución», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 245 y ss.
- GONZÁLEZ-ALEGRE y BERNARDO, M., «El número 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 4, pp. 41 a 46.
- JIMÉNEZ ASENJO, E., «La indagatoria», *Revista de Derecho Procesal*, 1985, 3 pp. 609 a 617.

- LORCA NAVARRETE, A. M., «La obligación del juez de fallar *secundum allegata et probata partium* y su incumplimiento por la Jurisprudencia del T.S. (Sala 2.ª) en materia de responsabilidad civil», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1985, 4, pp. 198 y ss.
- MAGISTRADOS-JUECES DE MADRID, «Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho sustantivo y procesal aplicables por la jurisdicción penal», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 243 y ss.
- MESTRE DELGADO, E., «Desarrollo jurisprudencial de Derecho constitucional a la presunción de inocencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 721 a 747.
- MORAL GARCÍA, A. DE, «Recurribilidad de las Resoluciones del Juez de Vigilancia», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1389, pp. 3 y ss.
- PASTOR BORGOÑÓN, B., «Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva», *Poder Judicial*, 1985, n. 15, pp. 97 y ss.
- PORTERO GARCÍA, L., «Valoración procesal de las actuaciones policiales», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1384, pp. 3 y ss.
- RICO LARA, M., «Escuchas telefónicas», *Boletín Informativo Ministerio Justicia*, n.º 1374, pp. 3 y ss.
- RUIZ VADILLO, E., «La prueba pericial. Función del perito tasador de accidentes de tráfico», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1985, 4, pp. 3 y ss.
- , «El Derecho penal (procesal y sustantivo) y la jurisprudencia constitucional», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 395 y ss.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., «La salvaguarda y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 365 y ss.
- TORRE RUIZ, J. DE LA, «Notas sobre el ejercicio de la jurisdicción penal en un Estado de derecho constitucional», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 425 y ss.
- VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., «El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 373 y ss.

B) Extranjero

- ARIEL DOTTI, R., «A crise da execução penal e o papel do ministério público», *Justitia*, n.º 129, 1985, pp. 34 a 55.
- BARROS, M. A. DE, «A competência de justiça militar estadual», *Justitia*, n.º 128, 1985, pp. 16 a 19.
- BERNARDI, A., «Justiz in perdition: la questione criminale francese nel pensiero neoclasico di Soyer», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 542 y ss.
- BESSONE, M., «Giudiziario e politica. Il caso del Csm», *Democrazia e Diritto*, 1985, 6, pp. 155 y ss.
- BORRÉ, G., «Il processo penale fra crisi e prospettive di riforma», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 241 y ss.

- BRADLEY, «Beweisverbote in den USA und in Deutschland», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, pp. 99 y ss.
- BUFANO, T., «Diritto alla difesa del prevenuto e suo intervento nel procedimento di prevenzione», *Rivista Penale*, 1985, pp. 135 y ss.
- CASTELLANI, C., y FASSONE, E., «Tossicodipendenza e processo penale. Osservazioni sulle prospettive di riforma della legge 685/1975», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 357 y ss.
- COBLER, S., «Plädoyer für die Streichung der §§ 129, 129a StGB. Zur Revision der Anti-Terrorismus-Gesetze», *Kritische Justiz*, 1984, pp. 407 y ss.
- COMMUCI, P., «Il sequestro e la confisca nella legge antimafia», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 84 y ss.
- CONTE, G., «La gestione colectiva dei procesi di criminalità organizzata fra le vecchie strutture e le nuove tendenze della magistratura», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 277 y ss.
- CORDERO, G., «La testimonianza nel diritto inglese», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 193 y ss.
- CHIAVARIO, M., «Autorizzazione a procedere per gli eurodeputati e principi costituzionali», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 496 y ss.
- , «Premessa al Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 371 y ss.
- D'AC DE ALMEIDA, C. A., «Da resposta do réu no procedimento ordinário», *Justitia*, n.º 129, 1985, pp. 75 a 78.
- DE ROBERTO, G., «Riesame della convalida dell'arresto e giudizio direttissimo», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 277 y ss.
- DELLA CASA, F., «Il juge de l'application des peines fra sviluppo e declino», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 40 y ss.
- , «Il juge de l'application des peines; dall' assedio alla liberazione», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 424 y ss.
- DHAS, H., «Zür Verteidigung im Ermittlungsverfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 1113 y ss.
- DOLCINI, E., «Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 1012 y ss.
- DÄHN, V., «Die Öffentlichkeit im Strafverfahren -unverzichtbares Prinzip sozialistischer Strafrechtspflege (Gedanken zu einem von der österreichischen Landesgruppe der Internationalen Vereinigung für Strafrecht —AIDP— veranstalteten regionalen Kolloquium)», *Neue Justiz*, 1985, 7, pp. 275 a 277.
- EVANGELISTA DE JESUS, O., «Ação penal subsidiária», *Justitia*, n.º 128, 1985, pp. 12 a 16.
- , «Inquérito policial contra promotor de justiça e juiz de direito», *Justitia*, n.º 129, 1985, pp. 102 a 104.
- FASSONE, E., «Dissenso tra pubblico ministero e giudice istruttore e scioglimento immediato», *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, pp. 1556 y ss.
- FERRATO, D., «Sul nuovo giudizio direttissimo pretorile», *Rivista Penale*, 1985, pp. 225 y ss.
- FERRAZ DAL POZZO, A. A., «Ação penal popular», *Justitia*, n.º 129, 1985, pp. 9 a 34.

- FROHN, «Strafverteidigung und rechtliches Gehör», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 554 y ss.
- FUZIO, R., «L'aumento della competenza penale dell pretore e la legge di depenalizzazione», *Rivista Penale*, 1985, pp. 7 y ss.
- GALANTINI, N., «Sulla utilizzabilità nel processo penale italiano di atti stranieri», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 1256 y ss.
- GALANTINI, N., «In tema di rinnovamento del giudizio penale per lo stesso fatto ex artt. 11 c.p.», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penale*, 1985, pp. 292 y ss.
- GALASSO, A., «Magistratura e mafia nel mezzogiorno», *Democrazia e Diritto*, 1985, 6, pp. 103 y ss.
- GEIBER, «Das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft und die Gewährsperson als Aufklärungsmittel im Ermittlungs- und als Beweismittel im Strafverfahren», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 385 y ss.
- GRÜNER, O., «Beweiswert der Atemalkoholprobe», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 1377 y ss.
- LAPICHINO, G. A. F., «Sulla legittimazione del fisco costituirsi parte civile nel nuovo processo penale tributario», *Rivista Penale*, 1985, pp. 939 y ss.
- ISENSEE, J., «Aussetzung des Steuerstrafverfahrens - rechtstaatliche Ermessensdirektiven», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 1007 y ss.
- KELLER, «Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 497 y ss.
- KIRCHHOF, P., «Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und im Strafverfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, II, pp. 2977 y ss.
- KRAUB, D., «Schweigepflicht und Schweigerecht des ärztlichen Sachverständigen im Strafprozeß», *Zeitschrift für die Gesante Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 81 a 121.
- LAZZARONE, F., «La nuova motivazione dei mandati di cattura: un biennio di giurisprudenza», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 305 y ss.
- MARINI, L., «La crisi del dibattimento penale», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 531 y ss.
- MARINO, R., «Pentitismo e giurisdizione penale nella lotta alla criminalità organizzata», *Questione Giustizia*, 1985, II, pp. 331 y ss.
- MELCHIONDA, A., «Interrogatorio libero di persona imputata di reati connessi», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 751 y ss.
- MESSINA, R., «Tribunali militari e tribunali della libertà (nota a Corte cost. 22 febbraio 1985, n. 50)», *Il Foro Italiano*, 1985, pp. 968 y ss.
- MIDIRI, M., «La riforma delle immunità parlamentari: alcuni interrogativi», *Diritto e Società*, 1985, pp. 725 y ss.
- MINNA, R., «Giudice penale, poteri locali e criminalità organizzata», *Democrazia e Diritto*, 1985, I, pp. 161 y ss.
- , «Giudice penale e servizi segreti. Brevi note sullo stato della questione», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 790 y ss.
- MOLLENKOTT, K., «Absolute Fahruntüchtigkeit von Radfahren bei einer Bltalkoholkonzentration von 1,5 0/00», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, pp. 666 y ss.

- MORETTI, R., «Le Immunità dei parlamentari europei: un istituto da rivedere (nota a Corte cost. 28 dicembre 1984, n. 300)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 342 y ss.
- MÜLLER-DIETZ, «Strafvollzug, Tatopfer und Strafzwecke», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, pp. 147 y ss.
- PACILLO, V., «Decreto penale e interrogatorio dell'imputato», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, pp. 1202 y ss.
- PAVARINI, M., «Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo», *Dei delitti e delle pene*, 1985, pp. 525 a 555.
- PELUSO, C., «Sanzione amministrativa e sequestro di valuta nel processo penale per reati valutari (Nota a cass. 10 ottobre 1983, Anaclerio)», *Il Foro Italiano*, 1985, II, pp. 183 y ss.
- PERCHINUNNO, V., «La formazione della prova nel dibattimento del nuovo processo penale», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, páginas 31 y ss.
- PISA, P., «Comentario agli artt. 1-2, 4 Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 376 y ss., y 388 y ss.
- POLIMENI, P., «Comentario agli artt. 5-12 Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 391 y ss.
- PRADEL, J., «La loi du 9 juillet 1984, sur le recul de la detention provisoire: un pas en avant utile», *Recueil Dalloz Sirey*, 1985, pp. 7 y ss.
- REBMANN, K., «Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, I, páginas 1 y ss.
- RÖHNER, K. H., «Tatverdacht und seine Differenzierung in der StPO», *Neue Justiz*, 1985, 11, pp. 448 a 450.
- RUGGIERI, F., «La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'imparzialità del giudice istruttore», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, pp. 929 y ss.
- RÜPING, «Strafjustiz im Führerstaat», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 297 y ss.
- SARGE, G., «Beitrag der Rechtsprechung zweiter Instanz in Strafsachen zur weiteren Festigung des sozialistischen Gesetzlichkeit», *Neue Justiz*, 1985, 3, pp. 92 a 95.
- SIROTTI, C., «Richiesta di proscioglimento da parte del pubblico ministero e prosecuzione dell'istruzione in via formale conto tutti gli imputati», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 744 y ss.
- , «L'esperibilità del riesame de libertate nei procedimenti penali militari e minorili in due pronunce della Corte costituzionale», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 479 y ss.
- , «Imputato detenuto e provvedimenti ex artt. 88 c.p.p.: in margine ad una questione dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 507 y ss.
- SPAGNOLI, V., «Procedimento d'accusa e immunità parlamentare: due percorsi accidentali», *Democrazia e Diritto*, 1985, 6, pp. 65 y ss.

- SPAMPINATO, P., «Brevi note su pentimento e libertà personale», *Rivista Penale*, 1985, pp. 839 y ss.
- , «Segreto istruttorio e diritto di cronaca», *Rivista Penale*, 1985, pp. 633 y ss.
- SPINELLI, D., «Il giudice ad quem nell'appello avverso i provvedimenti sulla libertà provvisoria del tribunale per i minorenni», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 490 y ss.
- STEIN, V., «Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung», *Zeitschrift für die Gesante Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 303 y siguientes.
- STILE, A., «La riforma della sospensione condizionale della pena nella prospettiva di un nuovo sistema sanzionatorio», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, pp. 997 y ss.
- TENCATI, A., «I poteri di cognizione del pretore nella riforma del rito penale», *Rivista Penale*, 1985, pp. 119 y ss.
- TÖBBENS, «Die Mitteilung Veröffentlichung einer Anklageschrift (§ 353 d Nr 3 StGB) und der Schutz der Anonymität eines Beschuldigten im Strafverfahren», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 97 y ss.
- UBERTIS, G., «Comentario all'art. 3 Secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione», *Legislazione Penale*, 1985, pp. 382 y ss.
- VASSALLI, G., «Il disegno di legge sulla sospensione condizionale della pena e sulle sanzioni sostitutive», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, pp. 1071 y ss.
- VIGONI, D., «Le prove penali raccolte all'estero dalle autorità giudiziale straniere», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, pp. 533 y ss.
- , «La ricognizione personale», *Rivista Italiana del Derecho Procesal Penal*, 1985, pp. 172 y ss.
- VARIOS AUTORES, «Riflessioni a proposito dell'ufficio istruzione penale di Napoli», *Questione Giustizia*, 1985, IV, pp. 805 y ss.
- WEIGEND, T., «Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren», *Zeitschrift für die Gesante Strafrechtswissenschaft*, 1984, pp. 761 y ss.
- WIELAND, G., «Verfolgung von Verbrechen der Nazi-Justiz - ein dringendes Gebot», *Neue Justiz*, 1985, 1, pp. 14 a 16.
- WOLTER, «Strafverfahrensrecht un Strafprozessreform», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, pp. 49 y ss.

VI. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

A) España

- DÍEZ-PICAZO, L. M., «Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la protección jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (com. s. T.C. de 24 julio 1984)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13, 1985, pp. 147 y siguientes.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La impugnación prevista en el artículo 161, 2.º,

- de la Constitución y el problema de su sustantividad procesal (A propósito de las Sentencias del Tribunal Constitucional 54/82, de 26-julio, y 16/84, de 6-febrero)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13, 1985, pp. 125 y ss.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 683 y ss.
- GERPE LANDÍN, M., «Recursos de amparo constitucional (enero-mayo 1983)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 749 y ss.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, P., «Legitimación en el recurso de amparo. Los intereses legítimos», *Revista de Derecho Público*, 1985, n. 98, pp. 23 y ss.
- GUAITA, A., «El recurso de amparo contra actos sin fuerza de ley de los órganos legislativos», *Revista de las Cortes Generales*, 1985, n. 7, pp. 161 y ss.
- JOLIET, R., «Le système de protection juridictionnelle dans la CEE», *Recueil Dalloz Sirey*, 1985, pp. 65 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento», *Revista de Administración Pública*, 1985, 107, pp. 79 y ss.
- MENEU MONLEÓN, P., «La protección jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales: su antecedente en el Fuero de Manifestación aragonesa», *Boletín Ilustre Colegio Abogados Madrid*, 1985, 2, pp. 67 a 77.
- PUNSET BLANCO, R., «El control jurisdiccional de la actividad de las asambleas parlamentarias y del estatuto de sus miembros en el Derecho español», *Revista de las Cortes Generales*, 1985, 5, pp. 35 a 95.
- PÉREZ TREMPES, P., «Justicia comunitaria, Justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13, 1985, pp. 157 y ss.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., «Indicaciones sobre la problemática que plantea la llamada cuestión de constitucionalidad o cuestión de prejudicialidad constitucional que pueden plantear los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria», *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 349 y ss.
- TOLEDANO LAREDO, A., «El Abogado General en el Tribunal de Justicia Andino y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Instituciones Europeas*, 1985, pp. 809 y ss.
- B) Extranjero**
- BRICEÑO BERRU, J. E., «El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena», *Revista Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1985, pp. 101 y ss.
- COCCIA, M., «Osservazioni sulla immunità penale dei parlamentari europei», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985, pp. 824 y ss.
- ELIA, E., «La giustizia costituzionale nel 1985», *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, pp. 385 y ss.
- ELIA, L., «La giustizia costituzionale nel 1984 (conferenza stampa del presidente della Corte costituzionale)», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 69 y ss.
- FALTONI, P., «Le immunità dei familiari degli agenti diplomatici nel diritto internazionale generale», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985, pp. 544 y ss.
- FRANCESCOAKIS, Ph., «Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de Cassation», *Revue Critique du Droit International Prive*, 1985, pp. 243 y ss.
- FUMAGALLI, L., «La legge applicabile al merito della controversie nell'arbitrato commerciale intenzionale», *Rivista Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1985, pp. 465 y ss.
- GEMMA, C., «Regolamenti parlamentari: zona franca nella giustizia costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, pp. 1774 y ss.
- IOVANE, M., «In tema di immunità de i quartieri generali della NATO dall'esecuzione forzata», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985, pp. 326 y ss.
- LEURENT, B., «Problèmes soulevés par les demandes des doubles nationaux devant le Tribunal des différends irano-américains», *Revue Critique du Droit International Prive*, 1985, pp. 273 y ss.
- MORELLI, G., «Su un preteso trasferimento alla Corte internazionale di giustizia della giurisdizione della Corte permanente», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985, pp. 54 y ss.
- PBGORARO, L., «Gli indirizzi della Corte costituzionale nel decennio 1975-1984», *Diritto e Società*, 1985, pp. 285 y ss.
- PIZZORUSSO, A., «Dispositivo e motivazione delle sentenze costituzionali (nota a Cass. 26 ottobre 1984, n. 5.401)», *Il Foro Italiano*, 1985, I, pp. 51 y ss.
- , «L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1984-1985», *Il Foro Italiano*, 1985, V, pp. 385 y ss.
- QUINTIN Y., «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en droit américain», *Revue Critique du Droit International Prive*, 1985, páginas 433 y ss.
- ROLLA, G., «I ricorsi preventivi di legittimità costituzionale in Spagna (a proposito della sentenza 11 aprile 1986 del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di aborto)», *Questione Giustizia*, 1985, III, pp. 691 y ss.
- , «Il difficili rapporti tra giustizia costituzionale e comune in Spagna: il ricorso di amparo contro atti dell'autorità giudiziaria», *Questione Giustizia*, 1985, I, pp. 213 y ss.
- SCARPA, R., «Diritto processuale interno e Convenzione di Bruxelles. Instaurazione della litispendenza (nota a Corte giust. Com. Eur. 7 giugno 1984)», *Giustizia Civile*, 1985, I, pp. 5 y ss.
- SPERDUTI, G., «L'intervention de l'Etat tiers dans le procès international: une orientation nouvelle», *Annuaire Français de Droit International*, 1985, pp. 286 a 294.
- TOEPLITZ, H., «Verwirklichung der Grundrechte der Bürger durch die Rechtsprechung», *Neue Justiz*, 1985, 12, pp. 480 a 484.
- TSCHANZ, P.-Y., «Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international», *Revue Critique du Droit International Prive*, 1985, pp. 47 y ss.

José MARTÍN OSTOS
Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN

ÍNDICE 1988

<i>La justicia tiene solución</i>	5
<i>Ruido de Togas</i>	259
<i>El Juez de cabecera</i>	517
<i>Un ciudadano a la búsqueda de juicio</i>	773
EN ESTRADOS	
Bernaldez Balado, J. Antonio, <i>Análisis empírico del recurso de amparo constitucional</i>	7
Estévez, J. Luis, <i>La unidad del método científico</i>	519
Queralt, Joan, J., <i>Derecho a la profesión, derecho del ciudadano</i>	25
Ramos Méndez, Francisco, <i>El mito de Sísifo y la ciencia procesal</i>	263
Riba Trepát, Cristina, <i>La eficacia del recurso de casación</i>	775
Verge Grau, Juan, <i>En defensa de la Defensa</i>	21
AUDIENCIA PÚBLICA	
<i>Condenas Absolutorias</i>	537
Martín Ostos, José, <i>Los plinio, de Cádiz</i>	29
Martín Ostos, José, <i>La ruleta de la justicia</i>	533
Muñoz Sabaté, Luis, <i>La autoridad de los jueces</i>	543
Ramos Méndez, Francisco, <i>La justicia es un cachondeo: Epílogo judicial</i> ..	277
Ramos Méndez, Francisco, <i>De cómo hacer las reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador)</i>	791
DACIONES EN CUENTA	
Andrés Ibáñez, Perfecto, <i>El Juez del Título Preliminar (La justicia del «Estado de Derecho» en la crisis del «Estado social»)</i>	139
Asensio Mellado, José M. ^º , <i>Hacia la reforma de la prisión provisional</i>	67
Diego Díez, Luis Alfredo, <i>El Derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción</i>	103
Franco Arias, Just, <i>La entrada en lugar cerrado</i>	581
García Pérez, J. Jacinto, <i>La competencia objetiva y funcional en el enjuiciamiento penal de los gobernadores civiles</i>	379
Gimeno Sendra, Vicente, <i>«La casación y el derecho a los recursos» (Notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)</i>	547
Gimeno Sendra, Vicente, <i>Algunas sugerencias sobre la atribución al M. F. de la investigación oficial</i>	829

Giner Parreño, César, <i>La acción cesatoria y la medida cautelar de cesación en el Derecho de Marcas español. Reflexiones al hilo de la Ley de Patentes y del proyecto de Ley de Marcas</i>	933
Gutiérrez-Alviz y Conradi, <i>Libertad de información y derechos de la personalidad</i>	801
Lorca Navarrete, Antonio M.ª, <i>El saneamiento en el Proceso Civil español</i> ..	877
Lozano-Higuero Pinto, Manuel, <i>Cambio social, socialización y privatización de la justicia</i>	565
Martín Ostos, José, <i>Los Juzgados de menores en la nueva organización judicial</i> ..	859
Mascarell Navarro, María José, <i>El sobreseimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, en el proceso penal ordinario por delitos más graves</i>	885
Moreno Catena, Víctor, <i>Causas históricas de la ineficacia de la justicia</i>	33
Moreno Catena, Víctor, <i>La justicia penal y su reforma</i>	313
Moreno Catena, Víctor, <i>Algunas notas sobre la abstención del Juez</i>	561
Movilla Álvarez, Claudio, <i>Notas sobre la responsabilidad de Jueces y Magistrados</i>	411
Ortells Ramos, Manuel, <i>La competencia judicial en la Ley de Reforma de la Adopción</i>	835
Ramos Méndez, Francisco, <i>El Convenio entre España e Italia sobre Asistencia Judicial y reconocimiento y ejecución de Sentencias en materia civil y mercantil (Balance de 10 años de vigencia)</i>	57
Rodríguez Alique, M.ª Ángeles, <i>Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil de jueces y magistrados</i>	613
Serra Domínguez, Manuel, <i>Los plazos procesales tras las últimas reformas de la LEC y de la LOPJ</i>	293
Valls Gombau, José F., <i>Las competencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia. Especial referencia a la revisión y los recursos de casación autonómicos</i>	319
Varela Castro, Luciano, <i>El plazo razonable como derecho fundamental en los procesos penales por delitos de escasa gravedad o flagrantes</i>	361
DESPACHO ORDINARIO	
<i>Jurisprudencia Procesal Internacional</i> por Francisco Ramos Méndez	153
<i>Los Tribunales han dicho</i>	167
<i>Cuestionada la constitucionalidad de los procesos penales de uso más frecuente</i>	443
<i>Jurisprudencia procesal internacional</i> por Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugges Mota	627
<i>Competencia judicial internacional</i>	627
<i>Régimen del proceso con elementos extranjeros</i>	643
<i>Reconocimiento de sentencias y resoluciones extranjeras</i>	656
<i>La jurisdicción de equidad es exclusiva de los árbitros y no puede ser revisada por el Tribunal Supremo</i> por Francisco Ramos Méndez	949

COMISIONES ROGATORIAS

<i>La exclusión del abogado defensor en el Proceso Penal alemán</i> por Juan Luis Gómez Colomer	199
<i>Carta Internacional de los Derechos de la Defensa</i>	469
<i>La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad</i> por Margarita Digos Junco y José J. Mira Solves	661
<i>La protección europea de los Derechos Humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea</i> por Jochen Abr. Frowein	967

PARA MEJOR PROVEER

<i>¿Presupuesto extraordinario para la justicia?</i> por Jaime Alonso-Cuevillas ...	229
<i>Reseña Legislativa Procesal (del 1-I al 31-X-1987) Nueva Ley de Conflictos Jurisdiccionales</i> por Manuel Lozano-Higuero Pinto	475
<i>Breve comentario sobre el anteproyecto de Ley de Demarcación y de Planta Judicial (de 4 de septiembre de 1987)</i> por Juan-Luis Gómez Colomer ..	689

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS 235, 495, 735 y 989

TÉRMINOS PERENTORIOS 245, 501 y 753

ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES 507