

JUSTICIA 89

NUMERO III

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 89» se publica trimestralmente.

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

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

INDICE

LA DESCODIFICACION	515
EN ESTRADOS	
<i>Tardar dos años en dictar sentencia constituye dilación indebida y es indemnizable</i>	519
DACIONES EN CUENTA	
<i>Compatibilidad entre un arbitraje CCI y un arbitraje regulado por la ley española de 1953 por Francisco Ramos Méndez</i>	523
<i>El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales por Manuel Ortells Ramos</i>	545
<i>Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del derecho jurisdiccional por Juan-Luis Gómez Colomer</i>	569
<i>El derecho del detenido a la asistencia letrada por José Soldado Gutiérrez</i>	597
DESPACHO ORDINARIO	
<i>Condena a España por dilaciones indebidas por Cristina Riba</i>	631
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma) por Wolfgang Schöne</i>	685
PARA MEJOR PROVEER	
<i>El objeto del reenvío prejudicial del Art. 177 TCEE. Actos susceptibles de reenvío por Jaume Solé Riera</i>	711
EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS	
<i>Problemas actuales de la justicia por Julio García Casas</i>	725
<i>Reseñas</i>	731
<i>Revista de revistas y obras colectivas (1986-II) por Arturo Alvarez Alarcón</i>	735

© 1989, Librería Bosch
Ronda Universitat, 11 - 08007 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87

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

La descodificación

Hubo un tiempo que se distinguió por una labor enciclopédica, sistemática y coherente: la codificación. Al fin y al cabo, el elemento seguridad que la ley positiva debe proporcionar depende en gran medida de que sea coherente, clara y accesible. En nuestra experiencia jurídica los Códigos constituyen el vademecum del jurista y todavía son el soporte de la sensatez de los principios.

Pero desde hace unos años estamos asistiendo a un proceso de descodificación acelerado. Basta ver los navajazos y podas que se han pegado o está en trance de recibir el Código de Comercio, como muestra representativa. Pero éste no es tipo de descodificación que más debe preocuparnos. Lo grave es cuando la descodificación se efectúa insertando dentro de un cuerpo legal unitario y sistemático sucesivos engendros ocasionales, que a veces obedecen a principios contradictorios con los del cuerpo legal en que se insertan. Como si del virus «Viernes 13» se tratase, empiezan a corroer todos los chips del sistema hasta hacerlo laberíntico e intransitable. Esto es lo que está pasando con las leyes procesales y con la diarrea de procesos especiales que invariablemente acompaña a cada iniciativa legislativa. Francamente, resulta cada día más problemático saber donde estamos, cuáles son las reglas del juego y a donde nos conducen. Parecemos empeñados día a día en hacer más difícil el acceso del litigante a la justicia, porque una parte sustancial de las energías se gastan en cuestiones de rito, se queman en fuegos de artificio. Por si acaso y para que quede claro: esta situación no es culpa del Derecho Procesal.

Francisco Ramos

**TARDAR DOS AÑOS EN DICTAR SENTENCIA
CONSTITUYE DILACIÓN INDEBIDA
Y ES INDEMNIZABLE**

Debo retractarme de lo que dije en JUSTICIA 1985, II, pág. 427: «Un retraso de dos años en dictar sentencia no constituye dilación indebida.» Tal afirmación se apoyaba en la soberana apreciación de nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 5/1985, de 23 de enero. No había más remedio que transmitirle así de duro el mensaje a nuestros pacientes litigantes. Aunque nos crujieran las entretelas. Porque, por muy sesuda que resultase la argumentación de nuestro Tribunal Constitucional, a nadie podía hacer comulgar con ruedas de molino.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a disipar cualquier duda que pudiera quedar al respecto: la inactividad prolongada de los órganos judiciales, sin causa justificada, constituye dilación indebida y viola el art. 6,1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su sentencia de 7 de julio de 1989 es categórica. Por lo tanto, podemos gritar a pleno pulmón: tardar dos años en dictar sentencia constituye dilación indebida. Y añadir: Ya lo sabíamos. Gracias a Dios, la luz se ha hecho y las aguas han vuelto a su cauce.

Como en otro lugar de esta revista se publica el texto íntegro de la sentencia del TEDH, no creo que sea preciso comentario alguno a lo que es paladino en su propio tenor literal. Pero no me resisto a llamar la atención sobre un punto, entre todos, que me parece de obligada referencia. Por mucho que en nuestro proceso civil rija el principio de justicia rogada, no está obligado nuestro paciente litigante a convertirse en policía y perseguidor de las incurias temporales que acaecen en la rutina de nuestros procesos. Al litigante, como recuerda el TEDH frente a la alegación del Estado español, le incumbe cumplir con diligencia y sin obstruccionismo las expectativas que le concede la ley pro-

cesal. Pero no cabe exigir de él un control militar de las obligaciones del órgano judicial en cuanto a responder tempestivamente cuando le corresponde. Ni tampoco puede desplazarse sobre el ciudadano la responsabilidad por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al Juez o al Estado. Ni es razonable que el ciudadano patrulle diariamente por los Juzgados con la escopeta debajo del brazo a la caza de Jueces morosos o tardanos. Las relaciones forenses no pueden desquiciarse hasta tal extremo, ni el Estado puede pretender escurrir el bulto ante situaciones que son hechos notorios. Por eso, la sentencia del TEDH deja exactamente las cosas en su punto de equilibrio, que debiera servir de ejemplo para el futuro.

Tampoco me resisto a llamar la atención sobre otra conquista constitucional que sigue siendo para nosotros asignatura pendiente. Cuando leo sentencias del TC, como la recientísima 81/1989, de 8 de mayo, precisamente sobre dilaciones indebidas, me pongo en la situación del ciudadano que la recibe como un jarro de agua fría. O sea, que después de padecer las consecuencias de una dilación indebida, confirmada además en la sentencia, «es muy problemático determinar la existencia de daños y perjuicios en el caso de que los haya habido, y, sobre todo, debiendo hacerse valer estos perjuicios contra el Estado, según establece el art. 121 CE, este derecho no es, en sí mismo, un derecho invocable en amparo». ¡Como si el ciudadano se dedicase a coleccionar sentencias para poner en un cuadro! ¡Como si los derechos fundamentales fuesen económicamente asépticos! Entre nuestros inveterados lastres jurídicos en este tema hay dos puntos que necesitan una cura de rejuvenecimiento *in extremis*. Ante todo, la aplicación de la teoría del hecho notorio a algo que es obvio, que la dilación y el mero hecho de mantener el recurso de amparo siempre producen coste y perjuicios en mayor o menor medida, susceptible de ser valorado instantáneamente con el estándar de la equidad, sin necesidad de castigar por añadidura al ciudadano remitiéndole a un pleito contra el Estado. En este tipo de daños y perjuicios no puede continuar exigiéndose una *diabolica probatio*. Y también, que la reparación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige además en la mayoría de los casos una compensación económica para restablecer el derecho constitucional en toda su extensión, tal como prevé la propia LOTC. Para ello, basta con asumir la propia doctrina jurisprudencial del TEDH, que no es precisamente nueva, sino reiterada.

En fin, entretanto y mientras no se completen nuestras conquistas constitucionales, con un cambio radical de la doctrina del TC, puede

mantenerse con serio fundamento que el recurso de amparo por dilaciones indebidas es un trámite oneroso y extraordinario, al objeto de agotar los recursos internos antes de acudir a los órganos europeos y, por lo tanto, superfluo. Tanto desde el punto de vista práctico, como desde el punto de vista teórico, es mucho más rentable jurídicamente la demanda individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Francisco RAMOS

**COMPATIBILIDAD ENTRE UN ARBITRAJE CCI
Y UN ARBITRAJE REGULADO
POR LA LEY ESPAÑOLA DE 1953**

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

I. Antecedentes: 1. Historia de las relaciones contractuales entre las partes; 2. Cláusulas arbitrales; 3. Instauración de un arbitraje CCI; 4. Exposición de las cuestiones que se plantean. — II. Análisis de las relaciones contractuales entre las partes: 1. Novación contractual; 2. Efectos de la novación; 3. Alegación de la cláusula arbitral por una sociedad distinta de los contratantes. — III. Análisis e interpretación de las cláusulas arbitrales: 1. Examen externo; 2. Criterios de interpretación; 3. Identificación de los datos relevantes en las cláusulas arbitrales; 4. Análisis de la referencia a la Cámara de Comercio Internacional de Zurich; 5. Análisis de la referencia a la equidad y a la ley nacional española; 6. Resultados del análisis interpretativo. — IV. Validez de las cláusulas arbitrales: 1. Los criterios de validez de las cláusulas de arbitraje internacional; 2. Validez de las cláusulas arbitrales según la ley aplicable; 3. Comparación entre el arbitraje CCI y el arbitraje de equidad de la legislación española; 4. Consecuencias en cuanto al arbitraje en curso. — V. Examen de los posibles obstáculos a la ejecución del laudo: 1. Vocación ejecutiva de los laudos arbitrales; 2. Examen de la ejecutoriedad del laudo a la luz de los Convenios internacionales. — VI. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES

Para los propósitos de esta nota son relevantes los siguientes datos:

1. Historia de las relaciones contractuales entre las partes

A lo largo de sus relaciones, las partes han concluido diversos contratos denominados de colaboración, que ofrecen la siguiente historia:

a) Un contrato suscrito entre A y B en el año 1974, referido a la colaboración en el tratamiento de aguas potables, que la demanda de arbitraje denomina *contrato oficial*.

b) Un contrato suscrito entre las sociedades A, C y B en el año 1972, con el mismo objeto que el anterior, que se denomina en la demanda de arbitraje *contrato oficioso*.

c) Un contrato suscrito entre A y D en el año 1974, cuyo objeto es la colaboración en el tratamiento de aguas residuales, considerado por la demanda de arbitraje como *contrato oficial*.

d) Un contrato suscrito entre las sociedades A, D y C en 1972, con el mismo objeto, que la demanda de arbitraje considera como *contrato oficioso*.

2. Cláusulas arbitrales

En cada uno de dichos contratos se incluyen las siguientes cláusulas arbitrales, transcritas literalmente en su texto bilingüe:

a) Contrato a), art. 9:

En caso de litigio entre las dos sociedades, éste será sometido al arbitraje de los jueces de la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, en cuanto no se opongan a ello las normas que regulan el arbitraje de equidad en España.

En cas de litige entre les trois (deux) sociétés, celui-ci sera soumis à l'arbitrage des juges de la CHAMBRE INTERNATIONALE DE ZURICH tant que ce ne soit pas contraire aux dispositions espagnoles sur l'arbitrage d'équité.

b) Contrato b), art. 13:

En caso de litigio entre las tres sociedades, éste será sometido al arbitrio de los jueces de la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL de ZURICH.

En cas de litige entre les trois sociétés, celui-ci sera soumis à l'arbitrage des juges de la CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE de ZURICH.

c) Contrato c), art. 8:

En caso de litigio de las dos sociedades, éste será sometido al arbitraje de los jueces de la CÁMARA DE

En cas de litige entre les deux sociétés, celui-ci sera soumis à l'arbitrage des juges de la CHAMBRE

COMERCIO INTERNACIONAL de ZURICH, en la medida en que no se opongan a ello las normas sobre el arbitraje de equidad de la ley española de 22 de diciembre de 1953.

DE COMMERCE INTERNATIONAL de ZURICH dans la mesure en cette intervention n'est contraire aux règles sur l'arbitrage d'équité de la loi espagnole de 22 decembre de 1953.

d) Contrato d), art. 12:

En caso de litigio entre las tres sociedades, éste será sometido al arbitrio de los jueces de la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL de ZURICH.

En cas de litige entre les trois sociétés, celui-ci sera soumis à l'arbitrage des juges de la CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE de ZURICH.

3. Instauración de un arbitraje CCI

La sociedad E, que se manifiesta como sucesora de las sociedades B y D, ha iniciado un arbitraje CCI contra la sociedad A. La CCI ha nombrado un árbitro único, de nacionalidad suiza, y ha fijado la sede del arbitraje en Zurich.

La sociedad C no ha sido demandada.

La sociedad A ha contestado a lo largo de todo el procedimiento arbitral la validez del arbitraje, por no ajustarse el procedimiento a las normas del arbitraje de equidad de la ley española de 22 de diciembre de 1953. Por dicha razón, ha declinado tomar parte en el arbitraje y se ha limitado a dicha postura defensiva.

Finalmente se han suscitado por parte del árbitro ciertos interrogantes de derecho español en cuanto al contenido y alcance de las cláusulas arbitrales.

4. Exposición de las cuestiones que se plantean

Los interrogantes y las dudas, motivados por la pluralidad de contratos y de cláusulas, abarcan, entre otros, los puntos siguientes:

a) La eventual coordinación y relación entre los distintos contratos y las cláusulas arbitrales.

b) El análisis de las cláusulas arbitrales y, en su caso, la interpretación de las mismas.

- c) La validez o invalidez de las cláusulas arbitrales.
- d) La compatibilidad o incompatibilidad entre un arbitraje CCI y un arbitraje de equidad según la ley española de 22 de diciembre de 1953.
- e) Las consecuencias en cuanto al respeto de normas imperativas que afecten al procedimiento arbitral.
- f) Las consecuencias en relación con una eventual ejecución futura del laudo.

Cada uno de estos puntos necesita un tratamiento sistemático, que permita extraer algunas conclusiones operativas en cuanto al caso en cuestión.

II. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS PARTES

1. *Novación contractual*

No es propósito de esta nota el examinar el fondo de los contratos existentes entre las partes, ni las relaciones comerciales de ellos derivadas. Dado que en el arbitraje se han presentado diversos contratos con los mismos objetos, que implican a partes diversas, y con cuatro cláusulas arbitrales, parece conveniente tratar de depurar la situación para clarificar la viabilidad del procedimiento arbitral en curso.

Ante todo, llama la atención que se hable de contratos oficiales y oficiosos para un mismo objeto contractual. Cuando se recurre a tales figuras en la práctica, se pone de manifiesto que la contratación trata de obviar alguna norma imperativa, o existen motivos fiscales o de control de cambios, o incluso, en ocasiones, un posible fraude de ley. Ninguno de estos posibles motivos parece ser aplicable a las relaciones entre las partes.

Si se prescinde de la nomenclatura utilizada y se considera la historia de los contratos y la situación legislativa en España, se encuentra una explicación perfectamente coherente para tal aparente abundancia contractual:

a) Cronológicamente, los primeros contratos de colaboración datan de 1972 y son los señalados más arriba en el apartado I,1, b) y d), a los que la parte demandante denomina contratos «oficiosos». No se trata de ningún contrato oficioso. Se trata de contratos reales, que vi-

culaban a las partes con sus respectivos derechos y obligaciones. Las partes eran las tres sociedades que se indican en los respectivos contratos: En uno de ellos, A, C y B y en el otro, A, D y C.

b) En 1974, los dos primitivos contratos se novaron en otros dos contratos nuevos, que vinieron a sustituir a los anteriores. Se trata de los contratos I,1, a) y c), denominados contratos oficiales por la parte demandante. Las partes y el clausulado son también distintos, aunque los contratos se refieren al mismo tipo de colaboración.

c) Hay un acontecimiento legal que puede ayudar a explicar la novación, independientemente de los cambios introducidos en cuanto a partes contratantes y cláusulas. Por dichas fechas se publica el Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre, que regula la transferencia de tecnología en España. Contratos como los que se habían suscrito en 1972 entre las partes caían de lleno en el ámbito de aplicación de la mencionada norma y ello puede explicar que se hiciera necesaria una revisión de los contratos al socaire de la nueva situación legal. Sin duda, aprovechando esta ocasión, se llegan a materializar dos nuevos contratos distintos a los anteriores, o, si se quiere, se produce una novación contractual que afecta tanto a las partes contratantes como al contenido de los contratos.

2. *Efectos de la novación*

Esta nueva situación de las relaciones contractuales entre las partes a consecuencia de la novación conduce, cuando menos, a los siguientes resultados:

a) Los únicos contratos que pueden considerarse vigentes en este momento son los señalados en el apartado I,1, a) y c), denominados contratos oficiales. Los anteriores —contratos mencionados en el apartado I,1, b) y d)— son en este momento tan sólo antecedentes históricos de las relaciones entre las partes.

b) Así parece haberlo considerado también la parte demandante, pues la única sociedad a la que ha demandado es A. Si hubiese pretendido hacer valer algún derecho basado en dichos contratos, hubiera sin duda demandado también a la sociedad C, pues del contenido del contrato se deduce un litisconsorcio necesario en cuanto a los derechos y obligaciones asumidos.

c) Ello obliga a considerar solamente como vigentes las cláusulas de arbitraje contenidas en el art. 9 del contrato a) y la recogida en el

art. 8 del contrato c). Las otras dos cláusulas, aunque similares, son en este momento inoponibles a A.

3. Alegación de la cláusula arbitral por una sociedad distinta de los contratantes

En el presente caso se plantea un problema suplementario, ya que la demanda arbitral aparece formulada por la sociedad E, distinta de las primitivas partes contractuales. Es cierto que dicha sociedad se afirma sucesora de las anteriores B y D, aunque no hay ningún dato, aparte de la mera afirmación, que lo justifique. Ello merece algunas consideraciones generales, que pudieran servir de pauta para resolver el problema:

a) En principio, las cláusulas arbitrales vinculan a las partes que las han suscrito, lo cual no es más que una manifestación de las coordenadas subjetivas de todo contrato.

b) La extensión de cláusulas arbitrales a terceros es una cuestión discutida, pero no debe excluirse sin más.¹

En los casos en que el tercero es causahabiente o sucesor de una de las partes contractuales se trata de extender los principios de la sucesión o de la transmisión operada a la cláusula arbitral. Pero tampoco puede darse siempre una respuesta afirmativa en todos los casos y decir que la cláusula arbitral vincula al sucesor o causahabiente. Todo depende del origen y circunstancias de la transmisión.²

c) En los casos de cesión de contrato o subrogación en los derechos y obligaciones de una parte, se viene defendiendo sin mayores problemas la eficacia de la cláusula frente al causahabiente.³ Con todo, hay opiniones más cautas que se pronuncian por una solución afirmativa sólo si la ley que rige la cláusula arbitral no lo impide.⁴

1. Vid. *ad exemplum* un interesante caso recogido en el Auto de la AT de Barcelona de 29.12.1983 y la discusión del tema en mi anotación a dicha resolución: *Justicia* 86, pp. 184 y ss.

2. Vid. ampliamente SCHLOSSER, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübinga, 1981, parágrafo 1025, VII. SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Munich, 1979, pp. 46 y ss. RÜDE-HADENFELD, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, Zurich, 1980, pp. 69 y ss.

3. La tesis es común en los arbitrajes CCI: Vid. anotaciones de DERAIS al asunto 1704, CLUNET, 1978 (4), p. 977.

4. ROBERT, *L'arbitrage*, París, 1983, nr. 273.

d) En el caso presente, desde el punto de vista del derecho español y sin prejuzgar cuál sea la ley aplicable a las cláusulas arbitrales, si efectivamente E es sucesora de las anteriores partes contractuales, no existen obstáculos legales a primera vista que le impidan hacer uso de dichas cláusulas. La sucesión le permite hacer uso de cualquiera de las cláusulas de los contratos, salvo que se pudiera probar que alguna de ellas ha sido concluida *intuitu personae*. Lo que no es frecuente en el mundo de los negocios. Por otro lado, A no se ve alterada en su postura contractual y sigue vinculada a las cláusulas arbitrales, incluso aunque se declararan nulos los contratos.⁵

III. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES

1. Examen externo

Una vez determinado que las únicas cláusulas arbitrales que se pueden tomar en consideración son las contenidas en los contratos a) y c), es preciso examinar el contenido de las mismas en orden al arbitraje. La primera lectura de dichas cláusulas aporta los siguientes datos:

a) Se trata de cláusulas que revelan la voluntad de las partes de solucionar sus diferencias por medio del arbitraje, excluyendo la jurisdicción de los Tribunales estatales. Sin embargo, ninguna de ellas es una cláusula tipo de las utilizadas habitualmente en la contratación internacional. Contienen diversos datos y diversas referencias que es preciso analizar más detenidamente. Los textos bilingües no se corresponden literalmente, pero sí en cuanto a su contenido esencial.

b) Existe una referencia al arbitraje de los jueces de la Cámara de Comercio Internacional de Zurich. No ha habido acierto en cuanto a la localización geográfica de la llamada por antonomasia CCI, a no ser que las partes se hubieran querido referir a otra institución. Tampoco existe una idea muy clara del funcionamiento del arbitraje CCI, pues es sabido que dicha institución sólo administra el arbitraje y no resuelve los litigios por sí misma.

5. Ello es consecuencia lógica de la doctrina de la autonomía de la cláusula contractual, que es doctrina consolidada en materia de arbitraje internacional. Vid., por todos, SANDERS, *L'autonomie de la clause compromissoire*, en *Hommage a Frédéric Eisemann*, París, 1978, pp. 31 y ss.

c) La referencia a Zurich pudiera tener varios significados, ya sea como sede del arbitraje, ya sea como elemento de localización de la institución arbitral. En principio, no se debe descartar ninguna de las hipótesis.

d) La única referencia expresa al procedimiento arbitral se produce de una forma negativa: «...en cuanto no se opongan a ello las normas que regulan el arbitraje de equidad en España» y más específicamente en la segunda cláusula «...en la medida en que no se opongan a ello las normas sobre el arbitraje de equidad de la ley española de 22 de diciembre de 1953».

e) Existe una referencia al arbitraje de equidad, expresión que pudiera tener alguna significación especial.

2. Criterios de interpretación

La primera lectura de las cláusulas arbitrales no es definitiva, sino que complica bastante las cosas. Al no tratarse de cláusulas tipo de alguno de los arbitrajes institucionales más frecuentes en el ámbito internacional y al mezclarse las referencias a una ciudad concreta y a una ley arbitral nacional, se hace necesario recurrir a una interpretación más cuidada de las mismas para averiguar exactamente su significado y alcance. Ello obliga a recurrir a los diversos criterios de interpretación. En esta materia existe en realidad una cierta comunidad internacional de principios adquiridos, de los que también se hace eco nuestro sistema positivo. Por comodidad de cita, se puede seguir el esquema de nuestro CC, que no lleva a ninguna consecuencia contraria a las normas vigentes en la llamada *lex mercatoria* internacional:

a) El criterio más obvio es el de la interpretación *literal*, si los términos de la cláusula no dejan duda sobre la intención de los contratantes (art. 1281 CC). Predomina pues la intención, deducida de la voluntad de las partes, sobre la literalidad absoluta.

b) Si alguna cláusula admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto (art. 1284 CC), conforme a la naturaleza y objeto del contrato (art. 1286 CC).

c) La interpretación de las cláusulas oscuras no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1288 CC).

d) Rige el principio de favor del contrato, salvo que las dudas fueren de tal naturaleza que, recayendo sobre el objeto principal del con-

trato, no fuere posible resolverlas con las reglas de interpretación (artículo 1289 CC).

Como se ve, los anteriores criterios son equivalentes a los previstos en el CC francés y responden a los principios comúnmente admitidos en la práctica internacional.

3. Identificación de los datos relevantes en las cláusulas arbitrales

a) En el caso en cuestión no se puede tomar como criterio absoluto para la interpretación de las cláusulas el literal debido a que no arroja ninguna conclusión clara y decisiva. Se impone, pues, una combinación de los diversos criterios interpretativos para averiguar exactamente la voluntad de las partes, dogma sagrado en materia de arbitraje internacional.

b) El texto de las cláusulas nos aporta, además de la voluntad de acudir al arbitraje, cuatro elementos a considerar:

- Cámara de Comercio Internacional
- Zurich
- Equidad
- Ley española de 22 de diciembre de 1953

c) No se puede afirmar con rotundidad que las cláusulas sean oscuras en su formulación, ni existe base para imputar a una sola de las partes una eventual oscuridad de las mismas en su perjuicio. Antes bien, hay que suponer que las cláusulas arbitrales se negociaron por las dos partes como una más en el ámbito de la novación de los contratos. Existe en todo caso corresponsabilidad, si es que se revela que la fórmula utilizada no es practicable.

4. Análisis de la referencia a la Cámara de Comercio Internacional de Zurich

Estos dos puntos pueden ser objeto de consideración conjunta para aligerar la reflexión:

a) Ante todo, es obvio que la institución conocida como *Cámara de Comercio Internacional* no está en Zürich, sino que tiene su sede en París. Pero en Zürich existen otras instituciones arbitrales y, entre

ellas, es conocida y utilizada con frecuencia en el ámbito del arbitraje internacional la Cámara de Comercio de Zúrich (ZHK). Bien pudiera ser que las partes estuviesen pensando en dicha institución a la hora de concluir las cláusulas arbitrales.

b) Si se echa mano de la jurisprudencia recaída en ocasiones similares en materia de arbitraje internacional, dicha posibilidad se descarta de inmediato. Son lugares comunes los asertos de que la errónea localización geográfica de la CCI no impide identificar sin género de dudas dicha institución y el arbitraje que administra.⁶ CCI no existe más que una. La afirmación es rotunda y se defiende a ultranza, pero vale la pena añadir dos apostillas. Dicha proclamación se fundamenta básicamente en laudos administrados por la propia CCI, que lógicamente tiende a vender su imagen de marca. La interpretación de cláusulas dudosas por Tribunales nacionales pudiera muy bien conducir a resultados contrarios, máxime cuando Cámaras de Comercio existen en muchísimas ciudades y todas proclaman su vocación internacional. Por otro lado, lo que cuenta es la voluntad de las partes y, antes de dejarse llevar por la simple nomenclatura, siempre es aconsejable tratar de averiguar la voluntad de las partes. Lo cierto es que en los laudos CCI que se citan, la identificación de la institución arbitral resultaba de algo más que del mero uso del nombre.

También en el caso estudiado, dados los antecedentes, no hay base suficiente para robarle el protagonismo a la verdadera CCI.

c) Si razonablemente las partes han apelado a la verdadera CCI, la referencia a la ciudad de Zúrich no puede ser entendida de otra manera que como *sede del arbitraje*, lo que así ha sucedido en el caso en cuestión. Esta ciudad está llamada a ser la sede del arbitraje, con las consecuencias que ello conlleva.

d) Así pues, el examen de estos dos primeros elementos contenidos en las cláusulas arbitrales conducen a un arbitraje tipo CCI, a realizar en la ciudad suiza de Zúrich.

e) Las referencias a la CCI y a la ciudad de Zúrich pueden ser relevantes también para determinar la ley aplicable al procedimiento arbitral. Desde un punto de vista negativo se puede decir que, en base a dichas dos referencias, quedan excluidas la aplicación de la ley cantonal

6. Vid. anotaciones de DERAIS a los laudos CCI recaídos en el asunto número 2626, CLUNET, 1978, p. 900; asunto n.º 4023, CLUNET, 1984, p. 950. Vid. también asunto n.º 5029, Yearbook Commercial Arbitration, 1987 (XII), p. 116.

de Zúrich y el reglamento de arbitraje de la ZHK. No puede en cambio excluirse sin más, como ley supletoria, el Concordato intercantonal suizo sobre arbitraje (CIA), por el hecho de que la sede del arbitraje se halla localizada en territorio helvético.

f) Aunque no existe una referencia expresa al Reglamento de arbitraje CCI, ésta puede entenderse implícita por la sola mención del nombre de la institución, tal como viene aceptando el Tribunal Federal Suizo.⁷ Así pues, el dato CCI nos remite, en principio, al reglamento de arbitraje de dicha institución como norma aplicable al procedimiento arbitral.

5. Análisis de la referencia a la equidad y a la ley nacional española

Pero en el caso que nos ocupa no es posible quedarse con esa mera referencia implícita, puesto que en las cláusulas arbitrales existen además otros dos datos relevantes, que también pueden tener repercusiones en orden al tipo de arbitraje a instaurar. Se trata de la referencia expresa a la ley nacional española y al arbitraje de equidad.

a) Cuando las cláusulas hablan de la ley nacional española, están señalando claramente la ley de 22 de diciembre de 1953, que regula el arbitraje de derecho privado. La especificación de las normas del arbitraje de equidad es también una de las categorías previstas en dicha ley y precisamente la más sencilla y la menos formalista.⁸

Aquí no es, pues, preciso efectuar una averiguación de la voluntad de las partes, porque el dato se incluye expresamente en el texto de las cláusulas arbitrales, ni hay que deducirlo del contexto de las mismas.

b) La referencia a la ley española está efectuada de una forma negativa: los litigios entre las partes se someterán al arbitraje CCI, en tanto que ello no sea contrario a las normas españolas sobre el arbitraje de equidad. La primera interpretación pudiera ser: En la medida en que las normas del arbitraje de equidad en España no se opongan a un arbitraje CCI, en esa medida éste es el arbitraje querido por las partes. Tal interpretación exige averiguar en definitiva si la ley española se opone a un arbitraje CCI y si éste es compatible con el arbitraje de equidad español.

7. JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berna, 1984, p. 71.

8. Sobre el arbitraje de equidad, vid. RAMOS, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1986, II, pp. 1275 y ss.

c) Pero también cabe otra interpretación, que, finalmente, también conduce al mismo interrogante: La mención de la ley española en las cláusulas arbitrales supone una elección expresa de la ley aplicable a dichas cláusulas y también de la ley que ha de tomarse como pauta para regular el procedimiento arbitral. ¿Qué otro significado si no puede tener el tomar la ley española como criterio de medida de lo que se puede hacer y de lo que no se puede hacer, de lo que está permitido en el procedimiento y de lo que no lo está? Hay que partir, pues, de las normas del arbitraje de equidad de la ley española para definir si el arbitraje CCI en Zürich se opone o no a ellas. Esta interpretación es congruente con el sentido habitual que tienen este tipo de datos en las cláusulas arbitrales y desemboca también en la misma cuestión: el grado de compatibilidad entre los dos tipos de arbitraje.

6. Resultados del análisis interpretativo

Interpretando los datos que nos aportan las cláusulas de arbitraje, según la intención de las partes y con el sentido más adecuado para que produzcan efectos, se llega a los siguientes resultados parciales:

a) Las cláusulas en cuestión han previsto un arbitraje híbrido, que resulta de la conjunción de los datos: CCI + ZÜRICH + LEY ESPAÑOLA + EQUIDAD. Cualquier interpretación de las cláusulas ha de tomar en consideración los cuatro elementos en conjunto y no sólo alguno de ellos aislado de los demás.

b) El principal interrogante a que llevan tales parámetros es el relativo a la compatibilidad de un arbitraje CCI en Zürich con las normas del arbitraje de equidad de la ley nacional de 22 de diciembre de 1953.

Si ambos arbitrajes son compatibles, entonces sólo hay que preocuparse de la adecuada puesta en escena, observando los preceptos vinculantes de la legislación española. Esta situación no es desconocida tampoco para el sistema suizo, en el que el CIA establece determinadas normas imperativas de obligado cumplimiento.

Si ambos arbitrajes son incompatibles, las soluciones pueden abarcar desde la nulidad de las cláusulas arbitrales hasta algunas fórmulas intermedias. Pronunciarse por la nulidad de las cláusulas arbitrales es una decisión extrema, porque no respetaría el deseo de las partes de acudir al arbitraje como medio de solución de diferencias. Puede, no obstante, ser inevitable. Las fórmulas intermedias deben bus-

car la vía que sea más adecuada para instaurar un arbitraje vinculante para las partes y con los menores riesgos posibles.

c) Llegados a este punto, la única forma de resolver los interrogantes planteados es examinar la validez de las cláusulas arbitrales, según la ley que les sea aplicable.

IV. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES

Como se acaba de ver, el problema de la compatibilidad de una cláusula CCI con la ley nacional española de 1953 sólo se puede resolver una vez despejada la duda sobre la validez de una cláusula que ha mezclado ambos arbitrajes.

1. Los criterios de validez de las cláusulas de arbitraje internacional

En materia de arbitraje internacional es doctrina consolidada a la luz de los Convenios internacionales —desde luego para las relaciones entre los países que han suscrito tales Convenios— que la validez de una cláusula arbitral se rige por las reglas siguientes:⁹

a) Ante todo, el criterio preferente es *la ley a que las partes se hayan sometido expresamente*: Art. V, 1, a), del Convenio de New York de 10 de junio de 1958 (CNY), y art. VI, 2, a), del Convenio europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 (CEG). La autonomía de la voluntad de las partes es regla de oro en materia de arbitraje internacional.

b) En defecto de tal criterio, rige la ley del país en donde deba dictarse el laudo, como indican los mismos artículos citados de los Convenios internacionales.

c) Si no consta o no puede fijarse el lugar del arbitraje, se echa mano de las reglas de conflicto del país ante cuyos Tribunales se suscite la cuestión: art. VI, 2, c), del CEG.

9. La doctrina es unánime: *vid.* SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1975, n.º 426. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, n.º 503-512. ROBERT, *L'arbitrage*, cit., n.º 313. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, París, 1982, n.º 243. SCHÜTZE-TSCHERNING-WAIS, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Berlín, 1985, n.º 582. GENTINETTA, *Die lex fori internationaler Handelschiedsgerichte*, Berna, 1973, páginas 293 y ss. KLEIN, *The law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute*, en *The art of arbitration*, Liber amicorum Pieter Sanders, 1982, pp. 83 y ss.

Los anteriores criterios tienen un rango entre ellos, de tal manera que la concurrencia del primer criterio es preferente respecto a todos los demás.¹⁰

2. Validez de las cláusulas arbitrales según la ley aplicable

Teniendo en cuenta los criterios de validez establecidos en los Convenios internacionales, en caso de autos se sigue que:

a) Las partes han fijado expresamente como ley que ha de regir las cláusulas arbitrales la ley nacional española de 22 de diciembre de 1953. En efecto, como ya se ha señalado, esta ley es la que fija el baremo para decidir lo que está permitido o lo que no lo está, las normas imperativas y las dispositivas. La elección no es implícita —lo que también sería admisible—, sino explícita y clara, por lo que no deja lugar a dudas.

b) Existiendo una elección convencional de ley aplicable a las cláusulas arbitrales, no entran en juego ni las reglas procesales del lugar del arbitraje ni sus eventuales normas de conflicto. En concreto, no pueden ser tenidas en cuenta las normas del CIA, porque están excluidas por una elección preferente de las partes.¹¹

c) La ley española admite sin reservas la validez de las cláusulas de arbitraje internacional,¹² y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha apostado decididamente y con total generosidad por esta orientación.¹³ Por lo tanto, de la ley española no se deriva ningún obs-

táculo que se oponga caprichosamente a un arbitraje internacional, ni tampoco a un arbitraje CCI.

d) Dado que, a nivel general, de la legislación española no resulta nada que se oponga a un arbitraje CCI, se puede correr la tentación de querer escurrir el bulto en este caso concreto, apostando por seguir adelante con el arbitraje CCI, tal como viene instaurado. Las referencias en las cláusulas al arbitraje de equidad de la ley española habrían servido únicamente para constatar que dicha ley —y también la jurisprudencia— nada tienen en contra del arbitraje CCI en Zürich. Se habrían tomado así en consideración los dos datos de las cláusulas referidos a España y se continuaría con la conciencia tranquila el arbitraje en Zürich, exclusivamente según el reglamento CCI. La opción es harto superficial y se explicaría por la tentación de defender a ultranza un arbitraje CCI ya en curso después de varios años. Pero puede que la decisión resulte temeraria. Se podría proceder de tal guisa si las cláusulas arbitrales fuesen las cláusulas tipo CCI, sin ninguna referencia a la ley nacional española. Pero cuando en dichas cláusulas se toma como parámetro de validez del arbitraje las normas del arbitraje de equidad en España, parece mucho más prudente guiarse por lo que resulte del chequeo de dichas normas. Al menos así se puede tomar plena conciencia de los riesgos de una u otra opción.

e) El problema en este caso no deriva tanto de la ley española, sino de que las partes han mezclado dos tipos de arbitraje, ignorando seguramente las consecuencias. Han redactado una cláusula compleja, que plantea no pocos problemas para su ejecución y que, incluso, pudiera ser inejecutable.

3. Comparecencia entre el arbitraje CCI y el arbitraje de equidad de la legislación española

Todos los problemas de las cláusulas en cuestión derivan de la combinación del arbitraje CCI con el arbitraje de equidad de la ley española de 22 de diciembre de 1953. Conviene por lo tanto examinar someramente las diferencias y analogías entre ellos:

a) A nivel de principios, puede decirse que ambos arbitrajes son equivalentes. En ambos se respetan los principios propios del arbitraje

internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial, en *Arbitraje...*, cit., pp. 131 y ss.

10. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, Kluwer, 1981, páginas 291 y ss., reconoce, como no podía ser menos, la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a señalar la ley aplicable a la cláusula arbitral. Considera la hipótesis como teórica, por las escasas ventajas que puede suponer el que dicha ley sea distinta de la ley de la sede del arbitraje. El caso analizado demuestra que la realidad es mucho más fecunda de lo que uno se imagina y que, efectivamente, de una combinación explosiva de criterios de conexión se pueden seguir consecuencias no deseadas por las partes, cuando no la imposibilidad del arbitraje.

11. Vid. también en Suiza, JOLIDON, *Commentaire...*, cit., p. 110.

12. Vid. ampliamente mi estudio *Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del Derecho español*, en *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987, pp. 73 y ss. También en *Revue de l'Arbitrage*, 1982 (2), pp. 147 y ss.

13. Vid. ampliamente mis notas *Primeras aplicaciones del Convenio de New York de 10 de junio de 1958 al exequatur de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo*, en *Arbitraje...*, cit., pp. 95 y ss. También en *Droit et pratique du commerce international*, 1984 (1), pp. 95 y ss. Asimismo, *Arbitraje*

y los habituales del procedimiento arbitral: audiencia, contradicción, defensa, etc.

b) A nivel de *organización* del arbitraje, los procedimientos son completamente distintos, por sus propias características. Vale la pena señalar, sin que ello pueda reputarse chauvinismo, que, desde el punto de vista organizativo, el arbitraje de equidad español es más sencillo y menos formalista que el arbitraje CCI, pues todo el reglamento arbitral se reduce a un breve artículo legal.¹⁴

c) Siendo distinta la organización de ambos arbitrajes no es de extrañar que exista colisión entre diversas normas, que son difíciles de armonizar entre sí. Con todo, desde el punto de vista del Derecho español, no puede decirse *a priori* que ambos arbitrajes sean incompatibles. El arbitraje de equidad admite una absoluta flexibilidad en la mayoría de sus puntos e impone unas normas imperativas en otros. Como se ve, la situación no es muy distinta de la que se produce en arbitrajes cuya sede radica en Suiza y que, independientemente de lo convenido por las partes, se ven obligados a respetar las normas inderogables del CIA.

d) Haciendo un esfuerzo de síntesis en este intento de coordinación, hay que señalar como norma inderogable de las que rigen el arbitraje de equidad en España, para el caso de que las partes no quieran otorgar el compromiso voluntariamente, los siguientes controles judiciales:¹⁵

- el nombramiento de los árbitros,
- la fijación de la controversia,
- la fijación del plazo de arbitraje,
- la fijación del lugar del arbitraje y
- la posibilidad de recurso de nulidad contra el laudo.

14. Se trata del art. 29 de 22.12.1953, que dispone: «El procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo. Los árbitros deberán, no obstante, dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender. El laudo habrá de dictarse por escrito ante Notario y por mayoría de votos.»

15. Se prescinde del examen de algunas cuestiones de tipo formal, cuyo cumplimiento no sería difícil y que no plantean mayores problemas: por ejemplo, el otorgar el laudo por escrito ante Notario. También se dejan al margen las cuestiones que afectan a los principios, pues hay que considerar coincidentes ambos tipos de arbitraje.

Todos estos puntos son fijados por el Juez competente, teniendo en cuenta la voluntad de las partes expresada en la cláusula arbitral y en la solicitud de formalización del arbitraje, en un plazo corto, que evita cualquier dilación. La fijación no es por lo tanto caprichosa, ni dictatorial, ni compleja. Y, por cierto, por obvias razones de organización, puede resultar más ágil que la de cualquier institución arbitral.

e) Teniendo en cuenta lo anterior, desde el punto de vista teórico —y posiblemente práctico—, no es inviable la armonización de un arbitraje de equidad español con un reglamento CCI. No hay inconveniente en que un Juez español nombre los árbitros propuestos por las partes, fije la sede del arbitraje en Zúrich y otorgue un plazo prudencial para emitir el laudo. Lo único que hará, además, el juez español es redactar también la misión del árbitro, lo cual, lejos de complicar el arbitraje, lo simplifica y ahorra no pocas dilaciones.

Si el hecho no se ha producido en la práctica, se debe a una razón obvia: Normalmente las partes no mezclan un arbitraje institucional con un arbitraje regido por una ley nacional, para evitar precisamente estos riesgos de colisión. Pero cuando la combinación se produce en la misma cláusula arbitral, no queda más remedio que respetar la voluntad de las partes en la medida en que es posible hacerlo.

f) El sistema no es mejor ni peor que el arbitraje CCI. En éste, la fijación de la controversia y la negativa de una parte a acudir al arbitraje se trasladan al momento del acta de misión. En el arbitraje español se resuelven dichas cuestiones con anterioridad.

4. Consecuencias en cuanto al arbitraje en curso

Dado que las cláusulas arbitrales se remiten en definitiva al arbitraje de equidad de la ley española, parece prudente respetar la voluntad contractual y, en consecuencia:

a) En caso de que una parte se niegue a acudir al arbitraje, éste lo tendría que institucionalizar un Juez español, fijando la sede del arbitraje en Zúrich, nombrando el árbitro, determinando el contenido de la controversia (acta de misión) y señalando plazo para dictar el laudo.

b) Esta solución garantiza la eficacia del arbitraje, la vinculación de la parte española al mismo y soslaya todos los problemas de ejecución.

c) Si se considera que esta armonización entre arbitraje CCI y

arbitraje de equidad español es inviable, entonces no queda más remedio que considerar las cláusulas arbitrales como no puestas. Al fin y al cabo el arbitraje sólo es un método alternativo para resolver las disputas entre las partes y siempre cabrá el recurso a los Tribunales ordinarios de uno u otro país.

d) Remitiendo las cláusulas arbitrales como criterio de contraste de su validez a las normas del arbitraje de equidad de la ley española, no se puede prescindir de las cláusulas imperativas de esta ley, si no se quiere convertir el laudo en un mero *flatus vocis*. Seguido el arbitraje en base exclusivamente a las normas CCI, se viola lo que propugnan las cláusulas arbitrales que, con mayor o menor acierto de las partes, han apelado a la ley española.

e) En fin, se corren muchísimos menos riesgos optando por una fórmula de arbitraje vinculante para la sociedad española demandada, que queriendo imponer un arbitraje CCI en contra de los criterios recogidos en los Convenios internacionales de arbitraje.

V. EXAMEN DE POSIBLES OBSTÁCULOS A LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

Existe una corriente de opinión que mantiene a ultranza la independencia del laudo arbitral de eventuales problemas de ejecución.¹⁶

Se dice que el laudo internacional no tiene por qué tomar en cuenta los futuros obstáculos que se puedan presentar en la ejecución en un país determinado, porque en todo caso siempre valdría como tal laudo y aun se podría ejecutar en otros países. Tal opinión me parece, cuando menos, aventurada en casos como el presente.

1. Vocación ejecutiva de los laudos arbitrales

No cabe duda de que los laudos arbitrales tienen una eminente vocación a su cumplimiento, pues son el instrumento de resolución de una controversia entre las partes. Cuando el cumplimiento es voluntario, no existen problemas suplementarios. Pero cuando es de presumir una rebeldía al cumplimiento voluntario, es una medida de prudencia jurídica parar mientes en la viabilidad de una ejecución futura. Por regla general, las partes —y menos en el comercio internacional

16. Vid. anotaciones de DERAIS al asunto CCI n.º 2476, en CLUNET, 1977 (4), p. 938. También cita la opinión en contra de FOUCARD.

por definición— no se guían por intereses teóricos, sino que persiguen intereses económicos. ¿Qué duda cabe que la ejecución del laudo es lo que mejor puede prestar satisfacción a dichos intereses?

En el momento actual, además, la comunidad internacional ha formulado toda una serie de Convenios multilaterales que precisamente tienen como objeto el cumplimiento *urbi et orbe* de los laudos arbitrales, eliminando los obstáculos a su circulación más allá de las fronteras del país en donde han sido dictados. Siendo ello así, no queda más remedio, cuando el arbitraje se desenvuelve en un país que ha ratificado uno de dichos Convenios, que tomarlos en consideración, pues, a la postre, son la verdadera ley con vocación universal en materia de arbitraje internacional.

Esto dicho, en el caso de autos, ante la incomparecencia de la parte demandada en el arbitraje, sus alegaciones en cuanto a la invalidez del procedimiento arbitral y la vocación natural del país en que probablemente se debería seguir la ejecución, aconsejan predecir qué obstáculos se pueden presentar en dicho momento, por si fuese posible obviarlos.

2. Examen de la ejecutoriedad del laudo a la luz de los Convenios internacionales

Limitándose al CNY y al CEG, vale la pena tener en cuenta los siguientes preceptos:

a) El art. V, 1, a), del Convenio de New York permite denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, cuando el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, en este caso la ley española. Ya se ha dicho que la ley española admite la validez de las cláusulas de arbitraje internacional, por lo que, en principio, no habría que temer mayores sobresaltos.

El problema estriba en que la cláusula pretende combinar el arbitraje de la ley española con el arbitraje CCI, además con una sede en Zürich. Se puede correr el riesgo de que se interprete que tal combinado es explosivo por incompatibilidad y, en consecuencia, la ejecución podría verse rechazada.

b) El art. V, 1, d), del Convenio de New York permite asimismo denegar el reconocimiento y ejecución cuando el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes.

En este caso el acuerdo es expreso, tomando como referencia la ley española. Tal como se ha conducido el arbitraje CCI hasta el presente, hay que abrigar serias dudas en cuanto a la posible ejecución del laudo en España por violación clara de esta norma convencional y falta de respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

c) Disposiciones y conclusiones prácticamente coincidentes con las anteriores se siguen de lo previsto en el art. IX, 1, a) y d), del Convenio europeo de Ginebra. La falta de respeto a las previsiones de las cláusulas arbitrales en cuanto a la ley aplicable a las mismas y al procedimiento arbitral puede ser determinante de la no ejecución del laudo.

VI. CONCLUSIONES

La exposición y reflexiones efectuadas hasta el presente permiten fundar las siguientes conclusiones:

Primera: Las únicas cláusulas contractuales que vinculan a E y a A son las contenidas en los contratos a) y c), que no son más que una novación de los anteriores contratos b) y d) concluidos entre partes parcialmente distintas y con contenido asimismo distinto.

Segunda: E, en la medida en que sea sucesora de las sociedades B y D, puede oponer a A las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos a) y c).

Tercera: La interpretación literal de las cláusulas arbitrales no aporta más que diversos parámetros a combinar. Éstos son: arbitraje CCI, en Zürich, en cuanto no se oponga a las reglas del arbitraje de equidad de la ley española de 22 de diciembre de 1953.

Cuarta: La referencia al arbitraje de equidad de la ley española de 22 de diciembre de 1953 constituye una elección expresa de la ley que regula la validez de las cláusulas arbitrales y del procedimiento arbitral, conforme a los Convenios internacionales de New York y de Ginebra.

Quinta: Dicha elección de la ley aplicable a las cláusulas y al procedimiento arbitral es criterio preferente al de la sede del arbitraje, conforme a dichos Convenios internacionales.

Sexta: La ley española de 22 de diciembre de 1953, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, reconocen la validez de las cláusulas de arbitraje internacional. Fiados en esta permisibilidad se corre la tentación de concluir que, ya que las normas del arbitraje de equidad de la ley española no se oponen en general a un arbitraje CCI, puede continuarse el procedimiento en curso, aplicando exclusivamente el reglamento CCI.

Séptima: Sin embargo, en el caso presente, las cláusulas arbitrales no responden a la cláusula tipo CCI, sino que reenvían a las normas del arbitraje de equidad de la ley nacional española como elementos últimos de control de la validez del arbitraje. Las cláusulas sometidas a la ley española son válidas en tanto se cumplan las normas de dicha ley, de las que unas son imperativas y otras facultativas.

Octava: Hay que considerar normas imperativas de la ley española en cuanto al arbitraje de equidad, entre otras y por lo que aquí interesa: el control judicial del nombramiento del árbitro, de la fijación de la controversia, del lugar del arbitraje, del plazo para dictar el laudo y la posibilidad de recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo. Para fijar dichos puntos el Juez se ha de atener al contenido de la cláusula arbitral y a las peticiones de las partes.

Novena: En cuanto a los principios, no existen diferencias entre el arbitraje CCI y el arbitraje de equidad de la ley española. En cuanto a la organización del arbitraje, el sistema es completamente distinto entre uno y otro.

Décima: Por dichas razones de organización se hace difícil compaginar en la práctica uno y otro tipo de arbitraje. En el caso de autos hubiera sido viable seguir las normas de la ley española pidiendo la formalización judicial del compromiso. No hubieran existido problemas en cuanto a la fijación de Zürich como sede del arbitraje, ni tampoco para nombrar el árbitro sugerido por las partes o propuesto por la CCI. Lo único que hubiese hecho además el Juez es fijar definitivamente la misión del árbitro, facilitando así su labor.

Undécima: En el caso de autos el arbitraje se conduce sólo por el Reglamento de la CCI, esquivando el tenor literal de las cláusulas de arbitraje, que se remiten expresamente a la ley española. Tal como se

presentan las cosas, ofrece menos riesgos el optar claramente por un arbitraje de equidad de acuerdo con la ley española, en la medida en que no se lleguen a conciliar sus preceptos con el Reglamento CCI. Sólo así se respetará la autonomía de la voluntad de las partes, que es la regla máxima en materia de arbitraje internacional.

Duodécima: Soslayar las normas imperativas de la ley española puede presentar obstáculos en el futuro en caso de que sea necesario el reconocimiento y ejecución del laudo en España. Tanto el Convenio de New York como el de Ginebra permiten rechazar la ejecución del laudo, por no haberse respetado la ley de la cláusula y del procedimiento arbitral, elegida expresamente por las partes.

EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO: ASPECTOS FUNDAMENTALES

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. ¿A vueltas con el tratamiento procesal de los delitos menores o un avance del futuro proceso penal? — 2. El régimen de la adecuación del procedimiento. — 3. La posición de los acusadores; en especial, el Ministerio Fiscal como instructor y los problemas de efectividad de la acusación no oficial. — 4. Las garantías del imputado. — 5. Las garantías del imputado (continuación). — 6. La «disponibilidad» del objeto del proceso y la correlación entre acusación y sentencia. — 7. Restauración de la tendencia a un sistema de oralidad. — 8. La racionalización del contenido de la instrucción previa.

1. ¿A VUELTAS CON EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS DELITOS MENORES O UN AVANCE DEL FUTURO PROCESO PENAL?

Si se atiende a la motivación concreta de la reforma de la LECrim. llevada a cabo mediante LO 7/1988 de 28 de diciembre, que en estas páginas vamos a analizar, podría pensarse que nos hallamos ante un nuevo intento de establecer un tratamiento procesal apropiado para los delitos de menor gravedad.

Fracasó el procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción, introducido por la reforma de la LECrim. de 1967, y, en definitiva, la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre venía a reconocer ese fracaso al configurar un nuevo procedimiento, confusamente coexisten-

te con el de urgencia y cuya tramitación también correspondía a los Juzgados de Instrucción.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio declaraba la inconstitucionalidad de una de las normas sobre las que descansaba, desde el punto de vista orgánico y competencial, el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980: la de no recusabilidad del juez a pesar de haber sido instructor de la causa. De ese modo dejaba de ser efectivo el tratamiento de los delitos menores que tenía una más amplia aplicación y quedaba, además, anunciada la suerte que podía correr el procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción.

Ante esa tesitura, y dado que el mecanismo de sustituciones previsto para los casos de abstención y recusación resulta inútil ante la magnitud del problema creado, el legislador hubiera podido optar por una reforma orgánica y de atribución de competencias. Sin embargo, no se ha limitado a esto sino que, como ya ocurrió con la propia Ley Orgánica 10/1980, ha decidido entrar en la reforma del procedimiento.

Ahora bien, si de lo que cabría haber esperado, habida cuenta de la situación que estaba reclamando una respuesta, pasamos a considerar la entidad de la respuesta que se ha dado, inmediatamente se observa que ésta supone algo más que un nuevo intento de tratamiento procesal de los delitos menores. El nuevo procedimiento es adecuado para enjuiciar delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta doce años y con otras penas de distinta naturaleza cualquiera sea su cuantía y duración, lo que excede de la tradicional delimitación de los delitos menores. Por otra parte, la reforma también afecta a causas cuyo juicio oral era de la competencia de las Audiencias Provinciales y sobre las que, consiguientemente, no se cernía la amenaza de la inconstitucionalidad, que ha sido el preciso detonante de la reforma.

Parece, más bien, que el nuevo procedimiento introducido por la reforma quiere ser un ensayo, un avance del proceso penal que se proyecta para el futuro. La técnica no es nueva entre nosotros, concretamente en el ámbito de la reforma procesal penal: el profesor Fairén ya advirtió, en 1967, que la reforma de la LECrim. de ese año estaba avanzando las líneas del proceso penal preconizado en el anteproyecto de bases del Código procesal penal de 1967.

Sin duda la anterior apreciación resultaría más convincente si el anteproyecto hubiera llegado al Congreso sin las importantes modificaciones a las que fue sometido, por influencia, fundamentalmente, del

informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, y que supusieron restringir el notable incremento previsto de los poderes del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial en la fase de instrucción. A pesar de esas modificaciones, el proyecto conservó, y han llegado a ser ley, elementos novedosos en nuestro sistema procesal penal, como analizaremos a lo largo de la exposición.

Esta exposición va a versar no sobre las previsiones del futuro proceso penal, ni sobre el contenido del anteproyecto, sino sobre el procedimiento abreviado tal como ha llegado a ser ley. Aunque no es un trabajo de análisis de detalle, tampoco se queda en los rasgos generales, sino que intenta cierta profundización en los aspectos más significativos del nuevo procedimiento. También se atiende a la comparación con los tipos procedimentales sustituidos, porque ello es ilustrativo para quienes han de llevar la reforma a la práctica.

2. EL RÉGIMEN DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Un mérito que hay que apuntar en el haber de la reforma es el de la simplificación del régimen de la adecuación de los procedimientos ordinarios por delito.

El estado legislativo anterior, con cuatro procedimientos posibles cuyo respectivo ámbito de aplicación no siempre estaba precisamente delimitado, ejercía una influencia perniciosa sobre la economía procesal y sobre un objetivo general de aceleración. Por un lado, requería un incremento de la actividad procesal específicamente destinada a determinar el procedimiento adecuado. Por otro, hacía más probables los errores en esa determinación y las consiguientes nulidades de actuaciones.

La reforma de la LECrim. simplifica esta materia en un doble aspecto. Desde el punto de vista cuantitativo, por reducir a dos los procedimientos por delito: el ordinario (cuyo ámbito de aplicación se reduce) y el abreviado.

En el aspecto cualitativo, porque se reducen a uno solo (y de más segura aplicación) los criterios relevantes para determinar la adecuación del procedimiento: la gravedad de la pena atendida, su duración y naturaleza (privativa o no de libertad) o su cuantía (si se trata de multa) (art. 779 LECrim.). Desaparece así la incidencia en este punto de especiales requisitos de procedibilidad (arts. 14.3.º y 779.2.ª antigua redacción LECrim.) y de una nada fácil valoración en el inicio del

procedimiento de la forma de culpabilidad (el dolo o la culpa relevantes en el art. 1 LO 10/1980). También, a diferencia de lo dispuesto en el último artículo citado, el procedimiento abreviado es aplicable al enjuiciamiento de delitos atribuido a los Juzgados Centrales de lo Penal y a la Audiencia Nacional (arts. 14.3.º y 4.º y 779 LECrim.).

A destacar igualmente, en este aspecto cualitativo de la simplificación, la referencia expresa a las penas que no tienen duración sino cuantía (la multa) (arts. 14.3.º y 779 LECrim.), que excluye dudas razonables que se plantearon respecto a la adecuación del procedimiento de la LO 10/1980.

No obstante, hay aspectos afectados por cierta inseguridad que, al menos en parte, estaba excluida bajo la anterior regulación (art. 14.3.º *in fine* antigua redacción LECrim., art. 1.2.2.º LO 10/1980):

1.º No es claro que el procedimiento abreviado sea inadecuado en los casos de aforamiento. Para éstos no se establece propiamente un proceso especial, sino especialidades en algunos actos procesales, por lo que la exclusión del abreviado que deriva del art. 779 LECrim. no debería afectarles. Pero, por otra parte, puede ocurrir que alguna institución prevista en los casos de aforamiento sea totalmente ajena al procedimiento abreviado (por ejemplo: el procesamiento), o que los órganos jurisdiccionales competentes en aquellos casos no se correspondan con la estructura orgánica y competencial presupuesta para el nuevo procedimiento. Estas últimas razones determinarían su inadecuación.

2.º Para la tutela jurisdiccional penal de los derechos fundamentales el art. 2.3 de la Ley 60/1978 establecía la adecuación en todo caso del procedimiento de urgencia de la Audiencia Provincial si la competencia correspondía a ésta. Parece correcto interpretar ahora esa disposición en el sentido de la adecuación del abreviado también en todo caso.

3. LA POSICIÓN DE LOS ACUSADORES; EN ESPECIAL, EL MINISTERIO FISCAL COMO INSTRUCTOR Y LOS PROBLEMAS DE EFECTIVIDAD DE LA ACUSACIÓN NO OFICIAL

Al analizar la posición de los acusadores en el procedimiento abreviado llama inmediatamente la atención que, salvo uno, se hayan suprimido los supuestos de trato desigual de los acusadores no oficiales

en comparación con el Ministerio Fiscal. Estos supuestos aparecieron en el régimen del procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción, y fueron blanco de reproches doctrinales.

En ese sentido puede observarse:

1.º En los procedimientos de urgencia la petición del Ministerio Fiscal vinculaba al Juez en cuanto a la atribución de competencia a la Audiencia Provincial (art. 791.4ª y 5.ª antigua redacción LECrim.). Ahora el art. 790.6, IV LECrim. deja claro —más que la primera redacción del proyecto— que en caso de disparidad de peticiones de cualesquiera acusadores el Juez resolverá.

2.º También se ha suprimido, y más adelante veremos la justificación, el monopolio del Ministerio Fiscal para acusar a personas que no hubieran sido previamente encartadas por el Juez (art. 790.3.ª, I, *in fine* antigua redacción, en comparación con art. 790.6, I, LECrim.).

3.º En fin, y contra lo previsto antes por el art. 791.8.ª, IV y V, antigua redacción LECrim., idéntico es el trato que el art. 793.8 LECrim. aplica a los acusadores cuando hubieran pedido pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal.

Con todo, la innovación más destacada de la reforma en el tema de la posición de los acusadores es el cambio operado en las funciones y poderes del Ministerio Fiscal que, de parte acusadora con cierto régimen especial en la instrucción previa, pasa a convertirse en la medida en que veremos en auténtico instructor, en órgano competente para la formación (aunque no completa y sin poderes para realizar todos los actos que la integran) de la instrucción previa en las causas penales a las que resulta aplicable el nuevo procedimiento.

Ciertamente los artículos 781, 181 bis, 786 y 789, II, del texto del anteproyecto establecían de una manera más clara la atribución de la instrucción previa al Ministerio Fiscal y le investían de los poderes necesarios para cumplir con eficacia las nuevas funciones.

Estas previsiones del anteproyecto fueron criticadas tanto en el informe del Consejo Fiscal, que aducía fundamentalmente la ambigüedad del modelo procesal elegido y el carácter improvisado de la reforma, como en el del Consejo General del Poder Judicial, más frontalmente contrario, aunque también sin prejuzgar cuál deba ser la posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal.

Tal vez la influencia del último informe determinó que desapare-

cieran del proyecto aquellas previsiones tan precisas. A mi juicio, sin embargo, quedaron en el proyecto y han llegado a ser ley disposiciones que apoyan la conclusión de que el Ministerio Fiscal puede formar, en parte, la instrucción previa en el nuevo procedimiento.

Muy sintéticamente el fundamento de mi tesis es el siguiente:

1.º En el sistema de la LECrim, la instrucción previa (reciba el nombre de sumario ordinario, de sumario de urgencia, de diligencias previas o de diligencias preparatorias) es y era una actividad judicial, en el sentido de que el Juez no se limita a ordenar a sus auxiliares y colaboradores que practiquen los actos que integran la instrucción, sino que, salvo los de estricta ejecución, debe realizarlos él mismo. Ni la prevención de diligencias por la Policía Judicial, ni los actos de comprobación del hecho que puede practicar el Ministerio Fiscal al recibir una denuncia (art. 269 LECrim.), ni las investigaciones que el Juez o el Ministerio Fiscal pueden ordenar a la Policía Judicial en el curso de la instrucción son, como tales, parte integrante de la instrucción previa. Si este régimen legal debe tener un sentido, parece que deba ser precisamente éste: que aquellas resoluciones u otros actos distintos a éstas que precisen fundamentarse en el contenido de la instrucción, no pueden más que basarse en aquellos actos de investigación que jurídicamente forman parte de aquélla, pero no en investigaciones sólo materialmente equivalentes.

Este sistema sólo tenía, hasta el momento, una excepción: la de la Ley Orgánica 10/1980, cuyo art. 3.1 establecía que el Juez «ordenará que por la Policía Judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Con la excepción de los actos que el Juez debía practicar por sí, debía entenderse que los actos de investigación de la Policía realizados por mandato del Juez formaban parte de la instrucción previa del procedimiento de la LO 10/1980.

2.º Frente a todo lo anterior, el nuevo art. 785 bis LECrim. inviste al Ministerio Fiscal del poder de practicar él mismo o de ordenar a la Policía Judicial que practique «las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo». A mi juicio esta disposición no alude a una prevención de diligencias o a la instrucción de las primeras diligencias, actuación cuyo contenido está legalmente tasado (art. 13 LECrim.), sino que autoriza a realizar todos los actos de investigación que se consideren pertinentes respecto a los objetivos apuntados, salvo aquellos

que precisen el ejercicio de poderes que exclusivamente están atribuidos al Juez (los llamados actos de investigación garantizados). Otro dato que desmiente que se trate de diligencias de prevención es la ausencia de un plazo u otra referencia temporal perentoria para remitir la investigación al Juzgado.

3.º Pero, aun con todo lo dicho, no quedaría demostrada la condición de instructor que la reforma atribuye al Ministerio Fiscal. La disposición clave para completar la argumentación es el artículo 789.3 LECrim.: «Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, ..., el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente...».

El profundo sentido de esta disposición creo que es el siguiente: si las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal sólo precisan ser complementadas mediante una instrucción judicial o dirigida por el Juez, en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia propia de actos de la instrucción previa y no requieren ser judicialmente reiterados.

El Ministerio Fiscal es, pues, instructor en la medida que se deduce de los preceptos acabados de estudiar. Su actuación concurre, en diversa manera, con la del Juez de Instrucción: la del Juez es preferente (art. 785 bis LECrim.) y, en cualquier caso, complementaria de la del Fiscal (art. 789.3 LECrim.). Si también la Policía Judicial puede «instruir» por la genérica referencia al «atestado» del art. 789.3, es otro problema; en todo caso, el contenido de esta investigación policial «autónoma» sí que está limitado a las diligencias de prevención (artículos 284 y 286 LECrim.).

De los problemas que plantean estas nuevas funciones del Ministerio Fiscal, algunos de los cuales se tratarán después, es oportuno mencionar en este apartado el riesgo que pueden suponer para la efectividad de la actuación de los acusadores no oficiales.

Si solamente el Ministerio Fiscal pudiera preparar, con su actividad instructoria, las bases de la acusación, podría quedar excluida o debilitada la efectividad práctica de la acusación no oficial, porque ésta no encontraría más fundamento que el resultante de la instrucción del Fiscal, cuyo contenido dependería sólo de los criterios y diligencia del mismo. Tal situación no resultaría coherente con un sistema en

el que se reconoce constitucionalmente la acción popular (art. 125 CE) y, menos aún, con la inclusión por el Tribunal Constitucional de la acción penal del ofendido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

La reforma conjura adecuadamente este riesgo. Aparte la posibilidad incondicionadamente abierta de que la instrucción sea, desde el principio, sólo judicial («...así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela» —artículo 789.3 LECrim.—), son decisivos los siguientes preceptos:

1.º El art. 789.3 en cuanto dispone que el Juez de Instrucción, de oficio y desde su independencia e imparcialidad mejor garantizadas que las del Ministerio Fiscal, puede completar en lo necesario una instrucción previa no judicial.

2.º Más específicamente el art. 790.2 LECrim. permite que las acusaciones no oficiales (y también el Ministerio Fiscal) pidan diligencias complementarias cuando, sobre las practicadas, les resulte imposible formular acusación. Es cierto que este precepto dispensa un trato desigual, porque la petición del Ministerio Fiscal vincula al Juez, pero también lo es que no deja desprotegidas las peticiones fundadas de los acusadores no oficiales.

4. LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO

En este capítulo, respecto al cual la exposición de motivos proclama haberse perseguido una mejora, pueden, en efecto, destacarse tres innovaciones que merecen una valoración favorable.

A) El mantenimiento y generalización del control judicial del fundamento de la acusación, a pesar de la supresión del procesamiento.

En el proceso ordinario y en el suprimido proceso de urgencia de la Audiencia Provincial el procesamiento dejó de producir, desde la reforma de LECrim. de 4 de diciembre de 1978, el efecto de legitimar al procesado para su intervención como parte ya en la fase de instrucción. El entonces reformado art. 118 LECrim. vinculaba este efecto a cualquier acto de imputación, que habitualmente se produce antes del procesamiento.

En aquellos procesos el efecto fundamental de la institución del procesamiento seguía siendo, no obstante aquel cambio, el siguiente:

el Juez, y en su caso la Audiencia en el recurso, al verificar si concurren indicios racionales de criminalidad, está examinando si el fundamento de la acusación es, como mínimo, probable, y si el resultado de ese examen es negativo cierra la posibilidad de juicio oral frente al inicialmente imputado. Sin duda es una apreciable garantía para éste no poder ser sometido a juicio oral sobre la base de la mera afirmación de la responsabilidad penal hecha por el acusador, sino que se requiera una comprobación judicial de que el fundamento de la acusación alcanza el grado de probabilidad.

Esta garantía se perdió, en diversa medida, tanto en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción, como en el proceso de la LO 10/1980. En ambos procesos, en el momento de decidir entre sobreseimiento y apertura de juicio, el Juez sólo podía negar de oficio esta última con base en la valoración estrictamente jurídica de no ser los hechos constitutivos de delito (arts. 645 en relación con el 637.2.º LECrim.), pero no podía, del mismo modo, entrar a determinar la probabilidad de esos hechos. Todavía en el proceso de urgencia, el previo «encartamiento» judicial condicionaba la posible dirección subjetiva de las acusaciones no oficiales, pero al Ministerio Fiscal (en atención a su imparcialidad) no se le oponía esa limitación.

En el procedimiento penal abreviado desaparece el procesamiento, pero se conserva y generaliza la garantía que éste supone en cuanto control judicial, filtro de la acusación en atención a la probabilidad de su fundamento. El Juez de Instrucción, según el nuevo art. 790.6 LECrim., puede negar de oficio la apertura del juicio oral, no sólo si concurre el supuesto del número 2 del art. 637 LECrim., sino también «si estimare... que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado». Puede comprobarse que hasta la terminología muestra la huella del procesamiento, aunque la formulación negativa del presupuesto consigue incluso eliminar ciertos matices inculpatorios, poco compatibles con la presunción de inocencia, por los que a veces ha sido criticada esta institución procesal.

B) Innovación que era imprescindible para la plena efectividad de la defensa técnica del acusado, es la que se deduce del art. 788.2 LECrim.: el abogado de oficio nombrado durante la instrucción (judicial o no) debe, por regla general, continuar prestándole su asistencia hasta la finalización del proceso.

En defecto de esa norma, se facilitaba la intervención de una serie de abogados de oficio (para la asistencia al detenido, durante la ins-

trucción, en el juicio y en los recursos), que obstaculiza la efectividad de la defensa, tanto porque dificulta que pueda imprimirse a la misma una orientación unitaria, como —y esto, a mi juicio, es más grave— porque para preparar la defensa adecuada en la fase decisiva del juicio oral, el plazo de cinco días señalado para presentar escrito de defensa y de proposición de prueba (art. 791.1 y 2 LECrim.) es claramente insuficiente para que un abogado, nombrado en ese momento y que no haya seguido la instrucción, pueda construir una defensa eficaz, particularmente en cuanto a la recogida de las convenientes fuentes de prueba.

C) Revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la defensa la potestad, ahora establecida en el art. 793.7 LECrim., de suspender la vista hasta por diez días cuando la acusación provisional se haya modificado en el sentido de acusar por delito distinto, por más delitos de los inicialmente afirmados o de introducir un nuevo elemento determinante de agravación de la pena. La suspensión tiene por finalidad permitir que se preparen y aporten las correlativas alegaciones y pruebas de descargo.

La justificación de esta novedad me parece clara, aunque se mantenga, con Gómez Orbaneja, que lo que requiere el principio acusatorio es que se respete, desde la acusación a la sentencia, la identidad en sus elementos esenciales del hecho justiciable, aunque se modifique cualquier componente de la calificación jurídica.

Pero esa modificación de la calificación jurídica, aunque no altere la identidad esencial del hecho justiciable, precisará casi siempre sustentarse en unos hechos accidentales (no identificadores), que no fueron destacados en el escrito de acusación probatoria del juicio. De otro modo: difícilmente se trata sólo de un cambio de punto de vista jurídico, sino que ese cambio influye en dar relevancia a unos elementos de hecho antes postergados o en segundo plano.

Puede ser inexigible y tal vez contrario a la economía procesal (por la magnitud de la prueba que debería prepararse y que, tal vez, después fuera inútil), que la defensa tenga que preparar su actividad probatoria previendo eventualidades que en la acusación provisional no pudieran ni atisbarse. Pero, una vez producidas esas eventualidades, el principio de contradicción impone no sólo dar oportunidad de discutir una nueva calificación jurídica, sino también de contrarrestar, con alegaciones y pruebas, elementos de hecho que, descuidados en la acusación provisional, han devenido influyentes para determinar la condena más grave.

5. LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO (CONTINUACIÓN)

Otros aspectos de la reforma relativos a la posición del imputado me parecen objetables.

Menciono ahora dos que, en los siguientes apartados, trataré más ampliamente: primero, cierta agobiante insistencia para obtener una rápida terminación del proceso mediante la admisión de los hechos o la conformidad con la acusación; segundo, el riesgo de que, por el objetivo de reducir el contenido de la instrucción previa, se dispense menor protección a derechos e intereses del imputado distintos al estricto de no ser condenado en el juicio.

Tema específico de este apartado es el del juicio oral en ausencia del acusado, que la reforma permite con sujeción a diversos requisitos (básicamente arts. 785.8.ª, h, 789, 193.1 y 797), con bastante moderación, pero, aún así, de manera no del todo afortunada. En los informes previos a la elaboración del proyecto y en el trámite parlamentario mereció una clara oposición.

Ningún reproche cabe en cuanto uno de los presupuestos del juicio oral en ausencia sea la citación estrictamente personal a juicio, como ya ocurría en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción y en el de la LO 10/1980.

Los problemas comienzan cuando el traslado del escrito de acusación y la citación a juicio se hayan practicado no personalmente, sino en el domicilio o con la persona designados por el imputado en su primera comparecencia dentro de la instrucción judicial (art. 789.4 LECrim.). Y los problemas surgen fundamentalmente por dos razones:

1.ª Porque ese modo de notificación no permite presumir con rigor que el acusado tiene conocimiento de la acusación y de la celebración del juicio. Consiguientemente, tampoco permite entender que con su actitud renuncia tácitamente al derecho de defensa considerado como autodefensa, que es derecho diferente al de la asistencia de abogado para la defensa.

2.ª Porque la información de la imputación en la fase de instrucción no puede suplir la información detallada de la acusación tal como se formula al principio y al final del juicio oral (en efecto: compárense arts. 17.2 y 24.2 CE y arts. 6.3, a y 5.2 CEDH). En este supuesto de juicio en ausencia no podría afirmarse que la acusación en sentido estricto ha llegado a conocimiento del acusado.

Frente a estas razones, no me parecen suficientes para apoyar esta innovación consideraciones de eficacia del proceso penal, tanto menos cuando estas consideraciones tampoco son, en sí mismas, demasiado convincentes; en efecto:

1.º La exposición de motivos aduce como justificación de la no suspensión del proceso la conveniencia de evitar dilaciones perjudiciales para las víctimas. Si la alusión, como es lógico, se entiende hecha a la satisfacción de las pretensiones civiles, habrá que recordar que la suspensión por rebeldía siempre ha dejado expedita la vía civil con mantenimiento de las medidas cautelares que se hubieran adoptado en el proceso penal. Lo que parece absurdo es que se invierta el fundamento de la acumulación de la pretensión civil al proceso penal y que se haga funcionar el proceso penal con el único fin de evitar remitir a las víctimas a un proceso civil que tal vez el propio legislador considera lento y oneroso. Aunque, ciertamente, ésta no sería la única muestra de ese sorprendente planteamiento en la reforma que estudiamos: véase si no el art. 790.3 LECrim. que sigue la pendiente iniciada por la reforma del art. 20 CP por LO 8/1983 de 25 de junio.

2.º Contra la sentencia condenatoria en ausencia es admisible un llamado recurso de anulación (art. 797 LECrim.). Como es muy probable que el condenado intente apurar las posibilidades de impugnación, pienso que este régimen de la rebeldía conducirá en definitiva a aumentar la carga de trabajo judicial (juicio, apelación y, además, recurso de anulación).

Además de las precedentes apreciaciones críticas, es conveniente apuntar dos observaciones para la práctica de este nuevo régimen:

1.º No puede aplicarse a estos casos de ausencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (S. amparo, Sala 1.ª, 27 de julio de 1984; S. amparo, Sala 1.ª, 26 de noviembre de 1986) en el sentido de que no infringe la prohibición de indefensión la inadmisión de la personación de un procurador por el procesado rebelde. Basta con atender a lo expresamente dispuesto en el art. 793.1 LECrim. y con aplicar a *contrario sensu* el razonamiento de la relevancia definitiva del juicio oral, que en estos casos sí que va a celebrarse. Pero incluso matizaría más: ni siquiera cabe mantener que el acusado ausente sólo pueda contar con representación y defensa de oficio.

2.º Sobre el recurso de anulación, tan parcamente regulado en el

art. 797 LECrim., se plantean algunas dudas: ¿Será asimilable a la *opposition au jugement par défaut* —cuya interposición anula los efectos de la sentencia— o el recurrente tendrá que asumir la carga de contradecir una responsabilidad penal ya declarada, sin beneficiarse de la presunción de inocencia? ¿La equiparación del régimen de este recurso al de la apelación, será tan estricta que incluso la admisibilidad de pruebas deberá sujetarse al restrictivo art. 795.3 LECrim.?

6. LA «DISPONIBILIDAD» DEL OBJETO DEL PROCESO Y LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

Enmarcadas en lo que, con cierta impropiedad, pero de modo ilustrativo, podríamos llamar el tema del objeto del proceso, aparecen en la reforma dos innovaciones.

Por una parte, se modifica el régimen de la conformidad, lo que resulta muy explicable porque esta institución es ya tradicional en nuestro Derecho como técnica de aceleración en el enjuiciamiento de delitos de menor gravedad —se introduce en las reglas para la aplicación del Código Penal de 1848, pero tenía un precedente que cumplía similar función en la posibilidad, en algún caso, de sobreseimiento con condena del Reglamento Provisional de 1835—.

Por otro lado se regula expresamente y con diferencia respecto al proceso ordinario la correlación entre acusación y sentencia, lo que resulta sorprendente porque no se entienden las especiales razones que puedan aconsejar la ruptura de una regulación unitaria de esa materia.

A) La institución de la conformidad resulta muy potenciada en la reforma porque todas las modificaciones que en ella se introducen tienen el inequívoco fin de facilitarla en muchos sentidos: hacerla admisible con más amplitud y hacerla más ventajosa para incrementar su práctica. Y esto, en definitiva, va dirigido a un objetivo último de alcanzar una más pronta y económica terminación de un mayor número de causas penales.

Debe llamarse la atención frente al riesgo evidente de que esta especie de estajanovismo procesal-penal acabe por generar un ambiente constrictivo hacia la conformidad, de manera que ésta se halle continuamente rozando la lesión del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). Téngase en cuenta —más

allá de cualquier planteamiento meramente terminológico o formal de la cuestión— que la conformidad, sobre todo cuando puede ser negociada como se verá que es el caso, puede ser forzada mediante la amenaza de sostener una acusación más grave.

Las diferencias con el régimen de la conformidad de los arts. 655 y 688-700 LECrim. —que expresamente no han sido derogados ni modificados, pero que habría que plantearse en qué medida lo han sido tácitamente, pues el ámbito de aplicación del régimen reformado es igual o mayor— afectan a diversos aspectos del mismo:

a) En primer término, en cuanto a los requisitos de admisibilidad destaca la desaparición del límite de pena de prisión menor como condicionante del trámite de conformidad (art. 655 LECrim.: «Si la pena pedida... podrá manifestar su conformidad...»; art. 688 LECrim.: «Si la causa... fuese por delito... preguntará el Presidente... si se confiesa...»). Una lectura sin prejuicios de los nuevos arts. 791.3 y 793.3 LECrim. revela claramente que ese requisito de admisibilidad no existe y que, por tanto, el trámite de conformidad debe realizarse en todo proceso abreviado, cualquiera sea la pena pedida. Cuestión distinta es la de la eficacia vinculante para el órgano jurisdiccional de la conformidad prestada.

b) Hay también diferencias en cuanto a la forma, porque la conformidad no sólo puede expresarse en el escrito de defensa, sino que puede formalizarse en el mismo escrito de acusación del Ministerio Fiscal (art. 791.3 LECrim.). Este dato, que parece nimio, es claramente indiciario de que se persigue que el Ministerio Fiscal despliegue una actividad para obtener la conformidad, que ésta no quede a la iniciativa de la defensa.

c) Sobre las variaciones en cuanto a los efectos de la conformidad debe observarse, en primer término, que, aunque se mantienen los dos momentos en que puede prestarse (arts. 791.3 y 793.3 LECrim.), no resulta claro de las disposiciones que la conformidad previa al juicio produzca un efecto inmediato, lo que plantea algunos problemas (por ejemplo: la revocabilidad de la primera conformidad).

Apuntado eso, vamos a centrarnos en la entidad de los efectos:

1.º La conformidad vincula estrictamente, en calidad de fijación de un límite máximo, a la pena aceptada, si ésta no supera los seis años (art. 793.3, inciso final LECrim.).

Desaparece, en consecuencia, la facultad que el art. 655, III LECrim. y, por remisión, el art. 694 LECrim., concedían al órgano jurisdiccional para ordenar la continuación del juicio si entendía que, partiendo de la calificación, procedía imponer una pena mayor.

2.º La conformidad no vincula, en calidad de límite mínimo, a la pena aceptada (art. 793.3, II LECrim.).

En este sentido no hay variación respecto a lo dispuesto ya antes por el art. 655, II LECrim., al que se remite el art. 694 LECrim.

Ahora bien, la posible condena más benévola o la absolución ha de «partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes». Puede entonces decirse que la conformidad vale, en cuanto al hecho, como una confesión vinculante, y habría que excluir la posibilidad —ceteramente apuntada por el profesor Fairén— de una condena más leve o de una absolución fundadas en una utilización *in bonam partem* de la instrucción previa.

3.º Si la pena aceptada es superior a seis años lo único seguro es que el órgano jurisdiccional no está vinculado a la conformidad. Pero en un tema tan trascendental sorprende que se omita mencionar algún criterio al que el tribunal deba atender para determinar si dicta inmediatamente sentencia u ordena la continuación del juicio. Y en el segundo caso surge un grave problema: ¿qué valor probatorio habrá de darse, después del completo desarrollo del juicio oral, a una conformidad —que implícitamente supone confesión del hecho— que no se prestó espontáneamente, sino con la expectativa de obtener una ventaja?

d) Por último un aspecto difícilmente etiquetable, que se introduce en el art. 793.3, I LECrim. de manera casi imperceptible y como si de una mera referencia procedimental se tratara, pero que a mi juicio persigue un importante objetivo: la posibilidad de modificar «a la baja» el escrito de acusación, antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, para que sea a esa acusación minorada a la que se preste conformidad.

Es cierto que lo único que establece la disposición es esa posibilidad de modificación de la acusación. Pero, por el momento en que ello se produce, por los límites de la modificación (a la baja), conexión con la conformidad y ausencia de otra justificación razonable (no se han producido nuevas investigaciones que puedan alterar el fundamento de la acusación), resulta evidente que la teleología de la disposición es la de facilitar la obtención de la conformidad. Se supera la

rigidez del régimen de la LECrim. sobre la conformidad y se ponen los medios para una negociación de los acusadores —particularmente del Ministerio Fiscal— sobre ella, en la línea del norteamericano *plea bargaining*.

Con relación a esto debe, sin embargo, precisarse que el Ministerio Fiscal *lege data* sigue sometido en el ejercicio de la acusación al principio de legalidad (art. 6 EOMF). Si razones de política legislativa hacen aconsejable la introducción de un cierto ámbito de discrecionalidad, debe afrontarse directamente el establecimiento del marco legal necesario. Lo que sería grave, desde los postulados del Estado de Derecho, es escamotear la regulación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal y, al amparo de unas disposiciones meramente procedimentales, dar entrada a una discrecionalidad de hecho como la que (se piensa que) practica en la realidad el Ministerio Fiscal.

B) Un específico régimen de la correlación entre acusación y sentencia se contiene en el nuevo art. 794.3: la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado.

Junto con la expresa mención legal de la identidad esencial del hecho enjuiciado como uno de los elementos en que ha de haber correlación (el principal según la sólida doctrina de Gómez Orbaneja), merecen destacarse dos variaciones de importancia respecto al régimen implícito (porque se deducía de la interpretación de los arts. 733 y 851.4.º LECrim.) de la correlación en el proceso ordinario (y, antes de la reforma, régimen general):

a) El art. 794.3 establece una vinculación, como límite máximo, a la *pena concreta* pedida por los acusadores, y no una simple vinculación al *delito más grave* que hubiera sido objeto de acusación. Con el último modo de fijar el límite el tribunal podía aplicar de oficio y en cualquier sentido (aumento o disminución) cualquier norma influyente en la concreta duración de la pena (circunstancias modificativas, grado de ejecución, forma de participación). Con la vinculación que establece el proyecto sólo puede aplicarlas en sentido de aminoración.

b) El órgano jurisdiccional no puede desvincularse, en modo alguno, del límite máximo que ha quedado dicho. Ni el art. 733 LECrim. —inaplicable en este proceso, puesto que la función de ese precepto la asume el art. 793.7—, ni el art. 793.6, que permite al órgano jurisdic-

cional solicitar del Ministerio Fiscal y de los abogados «un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados», autorizan al órgano jurisdiccional a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios de la penalidad que hubiera puesto a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. Para comprobar esto basta comparar el nuevo art. 794.3 y el art. 851.4.º LECrim. y darse cuenta de que, a diferencia del segundo, el primero no hace salvedad alguna del supuesto de que se hubiera debatido la tesis determinante de la agravación. Por cierto, que estas observaciones ponen en tela de juicio la estricta aplicación del art. 851.4.º LECrim. en el recurso de casación de un proceso penal abreviado.

7. RESTAURACIÓN DE LA TENDENCIA A UN SISTEMA DE ORALIDAD

El tratamiento procesal de los delitos menores desde la reforma de LECrim. de 1967 supuso, entre otras cosas, la recepción a nivel legislativo de una errónea concepción del valor de los actos de investigación de la instrucción para servir de fundamento a la sentencia. Lo que hasta ese momento se había limitado a ser una corruptela de la práctica forense, no combatida y hasta tolerada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acabó por hacer mella en la propia legislación. No sólo *de facto*, sino también *de iure* el juicio oral dejó de ser la única fase procesal en la que ha de realizarse la prueba del hecho justificable, para convertirse en una oportunidad de complementar y corregir una prueba que ya había empezado a producirse durante la instrucción previa. Por esa vía, el procedimiento dejaba de responder a un sistema de oralidad, con sus exigencias de inmediación y concentración.

Este fenómeno se dio especialmente en el procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción y se manifestó de un doble modo:

1.º La unificación de funciones de instruir y juzgar en el mismo juez que, además del efecto más grave de la pérdida de la imparcialidad, venía a suponer también la imposibilidad o extrema dificultad psicológica de deslindar la información obtenida en la instrucción de la resultante de la prueba del juicio.

2.º Una serie de normas específicas infundidas por principios contrarios al de oralidad, como las contenidas en los arts. de la antigua

redacción de LECrim, 791.6.ª, II (subordinada admisibilidad de la prueba del juicio a su imposible práctica o práctica sin contradicción en las preparatorias), 791.6.ª, I (que permitía la práctica anticipada de prueba sin ninguna justificación, lo que supone establecer la dispersión en la práctica de la prueba), 801, III (facilitador de la sustitución de la prueba testifical por la declaración documentada en la instrucción) y 792.5.ª y 6.ª (que permiten, en la segunda instancia, una total dispersión de la práctica de la prueba y de los actos de alegación).

La reforma corrige indudablemente esa orientación y restaura, de acuerdo con el imperativo del art. 120.2 CE, una clara tendencia a la oralidad, que se manifiesta, genéricamente, en la separación de las funciones de instrucción y conocimiento del juicio y también en el intento de limitar el contenido de la instrucción previa, que favorece la oralidad como explicaré en el siguiente apartado.

De manera específica esta restauración se expresa en algunas disposiciones y en la significativa ausencia de otras, y así:

1.º La práctica de un acto como de investigación no influye en su admisibilidad como prueba.

2.º La anticipación de la prueba sólo es admisible si no pudiera practicarse en el juicio (arts. 790.5, III y 791.2 LECrim.).

3.º La utilización subsidiaria de la investigación instructoria como prueba en el juicio no tiene una norma especial y se somete al estricto régimen del proceso ordinario y a las directrices de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4.º En la segunda instancia la prueba y las alegaciones se concentran en una vista como acto único (art. 795.7 y 8 LECrim.). Sin embargo, el art. 787.3 LECrim. (para las apelaciones de resoluciones de la instrucción) y el art. 795.1 a 6 LECrim. (apelación de sentencia final cuando no deba practicarse prueba) se inclinan hacia la escritura, de manera injustificadamente desmesurada en el segundo caso.

5.º En fin, aunque ya no sea la oralidad proyectada sobre la práctica de la prueba, se potencia aquélla con disposiciones como las de los arts. 789.5.ª (mayor oralidad en causas más acelerables por haber admitido el imputado los hechos), 794.2 (sentencia oral, posible consentimiento inmediato de la misma y debate y decisión sobre remisión condicional) y 793.2 (debate oral previo en el juicio sobre cuestiones previas).

8. LA RACIONALIZACIÓN DEL CONTENIDO DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA

Una arraigada rutina inquisitiva de nuestro aparato judicial, no rectificada mediante unas normas más explícitas y estrictas de la LECrim., favoreció, desde el mismo momento de la gestación de esa ley, la conversión del sumario y de cualquier otra forma de instrucción previa en una recolección y examen exhaustivos de los elementos de convicción importantes para la causa. Añádase a ello la dosis complementaria de complejidad y formalismo que genera por sí una organización burocratizada y se comprenderá cómo en la fase de instrucción previa se producen los mayores retrasos del proceso penal.

Estos rasgos negativos de la práctica de la instrucción previa se producen contra todo fundamento, puesto que la función de esa fase del proceso en un sistema de oralidad no justifica la tendencia a la exhaustividad en su contenido de investigación. Es más, el claro desbordamiento que suele darse ha contribuido poderosamente a falsear el modelo procedimental de la LECrim. Una instrucción previa judicial muy completa y, aún más, con las garantías para la defensa que se introducen en la reforma de 1978, hace difícilmente resistibles ciertas tentaciones de economía procesal mal entendida, que acechan en el momento del juicio oral: ¿Por qué echar a perder la labor realizada, con todas las garantías, por un juez? ¿Por qué deber reiterar esa labor, con sujeción a algunas formas distintas, cuando a esa «reiteración» (práctica como prueba) se oponga una mínima dificultad? Por ese camino los términos acaban invirtiéndose: en vez de ser la instrucción una preparación del juicio, el juicio pasa a ser un epílogo complementario y corrector de la instrucción.

Cualquier reforma del proceso penal que parta de una clara toma de conciencia de ese problema y se proponga reconducir a sus justos límites el contenido de investigación de la instrucción previa, merece aprobación, porque contribuye a la efectividad del procedimiento oral y a un proceso penal sin dilaciones indebidas.

Esta reforma se sitúa en la orientación apuntada, como lo demuestra la expresa declaración de intenciones en la exposición de motivos y la serie de disposiciones que inmediatamente analizaré. En verdad el acierto no ha sido completo, pero es que la materia (fijación de límites a la investigación) presenta especial dificultad.

Veamos las principales disposiciones puestas al servicio del objetivo apuntado:

1.ª Art. 789.3 LECrim.: *a contrario se deduce que si las diligencias practicadas en el atestado son suficientes para formular acusación, no hay que completarlas con diligencias previas judiciales. En todo caso, estas últimas han de limitarse a las esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el órgano competente para el enjuiciamiento.*

2.ª Art. 789.4 LECrim.: *contemplando las solicitudes de actos de investigación de imputados, ofendidos y responsables civiles, insiste en que el juez debe rechazar diligencias no imprescindibles para abrir el juicio oral.*

3.ª Art. 789.5.5.ª LECrim.: *con el límite de la competencia del Juez de lo Penal, la confesión del imputado, con ciertos requisitos, autoriza al Juez de Instrucción para concluirla inmediatamente y remitir a juicio. Ciertamente este contenido de la instrucción es suficiente para la acusación y la instrucción se simplifica en comparación con lo que debería hacerse si se aplicara el art. 406 LECrim.*

4.ª Art. 790.1 y 2 LECrim.: *permite expresamente un complemento de la investigación (y ello aún como excepción) cuando sea imposible formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación.*

5.ª *Otras disposiciones todavía más específicas con la misma finalidad son las de las reglas 1.ª a 4.ª del art. 785 LECrim.*

La consideración de estas disposiciones y el recuerdo de las funciones de investigación atribuidas al Ministerio Fiscal —que también se relaciona con el tema que ahora nos ocupa, puesto que se trata de la no reiteración judicial de las investigaciones del Ministerio Fiscal— conducen a expresar dos preocupaciones sobre el dudoso acierto de esta solución legislativa al «desbordamiento» de la instrucción previa:

A) Es claramente perceptible el predominio de una concepción unilateral de los fines de la instrucción. La lectura de las disposiciones citadas genera la inequívoca impresión de que el contenido de la investigación es suficiente si lo es para formular acusación.

Ahora bien, la investigación que forma el contenido de la instrucción previa tiene también otros fines respecto a los que el imputado tiene un interés digno de tutela: proveer de fundamento a las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas, excluir acusaciones infundadas. El imputado tiene interés en aportar datos para que no se

adopten medidas frente a él, para que la acusación resulte infundada, o, tratándose de pruebas complejas por alguna razón, puede resultarle conveniente comenzar a prepararlas desde la instrucción.

La reforma de LECrim. de 1978 vino a dar a ese interés una adecuada tutela: no bastaba, en efecto, para su debida protección con el deber del Juez de Instrucción resultante del art. 2 LECrim., sino que debía darse acceso a la defensa del imputado para participar en la investigación desarrollada en la instrucción previa.

En el régimen del procedimiento abreviado no se elimina la garantía de la contradicción en la instrucción previa —basta atender a los arts. 788, 789.4 *in fine* y 790.2 LECrim.—, pero esa garantía corre un riesgo claro de ineffectividad, porque:

1.º A pesar de lo dispuesto en el art. 2 LECrim. el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial no tienen las mismas garantías de independencia e imparcialidad que el Juez y pueden postergar los intereses del imputado respecto a los fines de la instrucción, no atendiendo debidamente a las solicitudes de actos de investigación formuladas por la defensa.

2.º Ya hemos visto que el complemento judicial de la investigación del Ministerio Fiscal se tiende a constreñirlo a la preparación de la acusación. Ciertamente, el Juez de Instrucción podrá escapar de una aplicación muy estricta de ese límite, pero la directriz legal ejercerá una clara influencia restrictiva.

3.º La práctica de actos de investigación por la Policía Judicial y por orden del Juez de Instrucción, técnica que fue introducida por la Ley Orgánica 10/1980 y que ha sido mantenida para su aplicación discrecional en el procedimiento abreviado (art. 789.3 LOPJ), ya demostré en otro lugar que dificultaba de hecho la intervención de la defensa en la instrucción previa.

Debe abandonarse cierta ambigüedad con la que la reforma trata este problema y definirse con precisión, aunque sea restrictivamente, el modo en que van a tutelarse los intereses del imputado respecto al contenido de investigación de la instrucción.

B) La segunda preocupación que anunciaba se refiere a la eventual necesidad de que la documentación de actos de investigación de la instrucción adquiriera valor probatorio en caso de imposibilidad de práctica en juicio del correspondiente medio de prueba.

Partiendo de la jurisprudencia constitucional que requiere, para que esa utilización sea admisible, la intervención judicial en el acto de investigación, la concesión al Ministerio Fiscal de poderes para realizar tales actos y la posibilidad de que la Policía Judicial los practique —por orden del Ministerio Fiscal o del Juez, aunque sin intervención del último— obligará a hacer específicas previsiones de aquella eventual necesidad y a pedir o acordar de oficio la práctica judicial de ciertos actos de investigación.

Hay también en esto una diferencia con el sistema tradicional de instrucción judicial, cuya documentación siempre podía servir en principio para sustituir la práctica imposible de algún medio de prueba, aunque la necesidad de la sustitución no hubiera podido preverse, sino que hubiera surgido *a posteriori*.

NOTA BIBLIOGRAFICA

1. Para las cuestiones tratadas en este primer apartado véase mi artículo *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre*, en *Justicia*, 1984, pp. 775-776 y la bibliografía y documentación que en ellas cito.

La referencia al profesor FAIRÉN, está hecha a los párrafos iniciales de su *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, pp. 11-12.

2. En mi trabajo sobre *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, cit., pp. 781-786, pueden encontrarse observaciones sobre los inconvenientes del exceso de clases de procedimiento y sobre los problemas que planteaba en la LO 10/1980 la referencia únicamente a la duración de las penas.

3. Críticamente frente al desequilibrio en favor del Ministerio Fiscal, FAIRÉN, *Presente y futuro del proceso penal*, cit., pp. 34-36; también PEDRAZ, E., *En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción*, RDPProIberoam, 1980, pp. 483-490.

Sobre la tendencia en nuestro país a encomendar la investigación en la instrucción previa al Ministerio Fiscal, MORENO CATENA, V., *La justicia penal y su reforma*, en *Justicia* 1988, pp. 313-318; GIMENO SENDRA, J. V., *Algunas sugerencias sobre la atribución al M. F. de la investigación oficial*, en *Justicia* 1988, páginas 829-834.

El Informe del Consejo Fiscal no me consta que esté publicado, pero en el apartado II del mismo, relativo a la «Reforma procesal», se formulan las críticas que apunto en el texto. Para el Informe del Consejo General del Poder Judicial puede verse su *Boletín de Información*, núm. extraordinario, Madrid, octubre 1988, pp. 12-14.

El carácter judicial de la investigación de la instrucción previa y sus excepciones hasta esta reforma de LECrim, lo trato más ampliamente en *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, cit., pp. 789-794.

Sobre la inclusión de la acción penal del ofendido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, véase mi *Derecho Jurisdiccional*, I, Barcelona, 1987 (con MONTERO, J.), pp. 315-316.

4. A) Sobre los efectos del procesamiento FAIRÉN, V., *Procesamiento, sobreseimiento, acusación*, en «Temas del ordenamiento procesal», II, Madrid, 1969,

pp. 1271-1288; GIMENO SENDRA, J. V., *El auto de procesamiento*, en RGLJ, 1979-III, pp. 306-346; y relacionando esos efectos con el sobreseimiento GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 202-203.

En el informe del Consejo Fiscal se critica esta ampliación de las posibilidades de sobreseer de oficio con base en la STC 30 septiembre 1988, amparo, Sala 2.ª, Suplemento BOE 14 octubre 1988, aunque en el caso contemplado por esta sentencia había una persona declarada procesada.

B) La cita de GIMENO está hecha a su trabajo *El derecho de defensa*, ahora recogido en «Constitución y proceso», Madrid, 1988, p. 118.

C) La exposición de la tesis de GÓMEZ ORBANEJA, en *Comentarios*, II, cit., pp. 286-317; del mismo, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987 (con HERCE, V.), pp. 251-258, 290-292.

Sobre la materia de este apartado véase, igualmente, PRIETO-CASTRO, L., *El cambio de punto de vista jurídico*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal», Madrid, 1964, pp. 222-238.

5. Sobre el régimen de la ausencia del imputado he de remitirme a mi trabajo *La ausencia del imputado en el proceso penal Consideración especial de la incomparecencia*, RDPProIberoam, 1978, pp. 433-492; más ampliamente, considerando todos los supuestos de ausencia, mi tesis doctoral inédita *La ausencia del imputado en el proceso penal español*.

Las críticas al juicio oral en ausencia regulado por la reforma pueden encontrarse en el apartado II, a), b') del Informe del Consejo Fiscal, y, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, *Boletín de Información*, cit., p. 24. Contra esta innovación fueron presentadas en el Congreso las enmiendas núm. 26 (Agrupación Partido Liberal), 51 (Grupo CDS), 75 (Grupo Coalición Popular), 131 (Grupo Parlamentario Vasco, PNV) y 190 (Agrupación IU-EC, Grupo Mixto), todas las cuales pueden encontrarse en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. III Legislatura. Serie A. 17 noviembre 1988, núm. 99-3.

Sobre la «*opposition au jugement par défaut*», RASSAT, M. L., *Droit pénal et procédure pénale*, París, 1986, pp. 168-169.

6. A) Sobre la conformidad y los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1988, p. 331.

Respecto a lo conformidad y sus efectos véanse GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 197-198; el mismo, *Derecho procesal penal* (con HERGE), cit., pp. 237-238, 266-268; FAIRÉN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en «Temas», II, cit., pp. 1203-1246; y para jurisprudencia SOTO NIETO, F., *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, pp. 170-176.

La conveniencia de introducir el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal puede verse defendida en los trabajos de MORENO CATENA y GIMENO citados en el apartado 3 de esta nota y también GIMENO, J. V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 194-201.

Con carácter introductorio sobre el *plea bargaining*, SCHMID, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Heidelberg, 1986, pp. 61-63. Más ampliamente, KADISH, S. H., SCHÜLHOFER, S. J., PAULSEN, M. G., *Criminal Law and its processes*, Boston-Toronto, 1983, pp. 152-179.

B) Sobre la correlación entre acusación y sentencia en nuestro Derecho es aconsejable recordar GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 187-207, 286-307; del mismo, *Derecho procesal penal* (con HERCE), cit., pp. 257-258, 290, 420-424; cit., *passim*. La opinión de GIMENO, en *Fundamentos*, cit., 201-205 prelude el régimen que ha instaurado la reforma.

7. Sobre los avatares de la oralidad en el proceso penal español, particular-

mente reflejados en el tema clave de la relación entre investigación sumarial y prueba del juicio, debo remitir a mi artículo *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim.*, en edición separada de RGD, Valencia, 1979 y también en RDPProIberoam, 1982, páginas 365-427, y a MONTERO, J., *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, pp. 529-574.

8. Para los temas de este apartado sigue siendo útil la bibliografía del apartado anterior y, además, la que sigue:

A) Sobre los fines o las funciones de la instrucción, entre nosotros, PASTOR LÓPEZ, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979.

Las dificultades para la intervención de la defensa en la instrucción previa del proceso de la Ley Orgánica 10/1980, las trato en *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, cit., pp. 797-800.

B) GIMENO SENDRA, J. V. (con otros autores), *Derecho Procesal. El proceso penal* (1), Valencia, 1987, pp. 448-449; del mismo autor, *El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida*, en «Constitución y proceso», cit., pp. 123-136; MASCARELL-NAVARRO, M.ª José, *La carga de la prueba y la presunción de inocencia*, en Justicia 1987, pp. 626-629.

REFLEXIONES SOBRE LAS BASES CIENTÍFICAS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO JURISDICCIONAL *

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Sobre el concepto y contenido de la Jurisdicción. — 3. Acerca del Derecho de acción. — 4. El proceso, tercera base científica. — 5. Concepto del Derecho Jurisdiccional.

1. INTRODUCCIÓN

La Parte General del que se debería denominar ya por todos Derecho Jurisdiccional está formada por tres bases científicas, conceptos fundamentales o puntos cardinales, como se les quiera llamar, a saber: La Jurisdicción o el Poder Judicial, el derecho de acción y el proceso.¹

Cualquier estudio serio de nuestra Disciplina debe partir forzosa-mente de estas bases. Ya dijo claramente Calamandrei, a este respecto, que «no es posible iniciar con utilidad el estudio descriptivo y exegetico de un Código de Derecho Procesal, sino partiendo de las

* Artículo destinado al libro-homenaje al Prof. Fairén Guillén, cuya redacción finalizó en mayo de 1988.

1. Véase V. FAIRÉN GUILLÉN, *Ideas para una Teoría General del Derecho Procesal*, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, t. I, páginas 273 y ss.

tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas, sino presupuestas, por las Leyes positivas: Jurisdicción, Acción y Proceso».² Esta opinión del gran jurista italiano, como afirma el profesor Montero, debe generalizarse.³

Desde esta perspectiva voy a enfocar las páginas que siguen, exponiendo a continuación unas consideraciones sobre estos tres conceptos básicos o bases científicas. Naturalmente, por considerarlo el tema central, partiré de la Jurisdicción.

Quizás con carácter previo deba advertir ahora que el estudio de los grandes problemas que plantean estos tres temas que conforman las bases científicas de la Parte General de nuestra Disciplina, presenta, a pesar de la aparente profunda diferencia de contenido, una característica común de la máxima importancia: Aunque se han elaborado sistemas de Derecho Procesal sin atender a Ordenamientos Jurídicos concretos,⁴ en mi opinión lo más adecuado para analizar la Jurisdicción, la Acción y el Proceso, es basarse en la Constitución, por cuanto la riqueza en normas procesales de la misma será decisiva en lograr el empeño propuesto.

2. SOBRE EL CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN

Tradicionalmente se ha afirmado por la doctrina que el concepto de Jurisdicción es un concepto relativo.⁵ Hablando en términos actuales esto significa que lo que se pretende no es hallar un concepto absoluto de Jurisdicción, sino uno que parta del Ordenamiento Jurídico, en concreto, de la Constitución y de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, específicamente de su Título Preliminar.

Ello ha sido discutido, por ejemplo, por el prof. Serra, con válidos argumentos, partiendo de su afirmación de que la Jurisdicción

2. La frase se recoge en P. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processale Civile secondo il nuovo Codice* (2.ª ed.), Ed. CEDAM, Padua, 1943, Nr. 7, p. 21.

3. Opinión expuesta en J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid, 1979, p. 16.

4. Por ejemplo, citándonos a nuestro país, el del prof. SERRA DOMÍNGUEZ, en la *Jurisdicción*, en *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, páginas 20 y ss., especialmente la p. 22.

5. Así, por P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* (2.ª ed.), Ed. EJEA, Buenos Aires, 1962 (trad. Sentis Melendo), t. I, Nr. 8. Véase también M. FENECH NAVARRO, *Notas previas para el estudio del Derecho procesal*, en *Derecho procesal penal* (3.ª ed.), Ed. Labor, Barcelona, 1960, t. I, p. 29.

no se resuelve en una función estatal, sino que existe independientemente del Estado.⁶

Pienso, sin embargo, desde otra óptica, que un concepto de Jurisdicción que pretendiera ser absoluto en el tiempo, habría de ser forzosamente demasiado amplio y general. En este sentido, el art. 117.3 de nuestra Constitución dispone que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan», declaración prácticamente reiterada por el art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero en una consideración constitucional de la Jurisdicción hay que partir inexcusablemente del Poder Judicial. En efecto, nuestro texto fundamental acepta la clásica división de poderes en la configuración del Estado español, apareciendo así el Poder Judicial.

Éste, que por cierto es el único al que se refiere con ese sustantivo la Constitución, se configura en ella autónomamente respecto a los otros Poderes, en el sentido de que el Judicial ya no depende de ellos, habiéndose creado para garantizar la autonomía el Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del mismo, según los arts. 122.2 de la Constitución, y 104.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta situación constitucional exige, en consecuencia, que deba detenerme ahora en el análisis del concepto «Poder Judicial», pues entiendo que no se ha producido simplemente un cambio terminológico. En efecto, las discusiones parlamentarias demuestran que los partidos mayoritarios, cuando se elaboró la Constitución, quisieron hablar de Poder Judicial y no de Administración de Justicia, con el fin de cambiar una concepción política existente hasta esos momentos, y profunda, favorable a aquel segundo término.⁷

Para que se comprenda mejor la idea básica es oportuno citar aquí las palabras que Azaña, Presidente entonces del Gobierno, pronunció en el Parlamento en 1932:⁸ «Yo no sé lo que es el Poder Judicial.

6. Puede verse esta línea de pensamiento en M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, en *Estudios...*, cit., p. 22.

7. Pueden verse en los volúmenes, a cargo de SAIZ CANTERO, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1980, especialmente t. I, pp. 345 y 566; t. II, pp. 1797 a 1799; t. III, pp. 2843 y 3821 a 3823, y t. IV, pp. 4615 y ss.

8. El texto que sigue ha sido recogido por MONTERO AROCA/ORTells RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, t. I (Parte General), Librería Bosch, Barcelona, 1987,

Aquí está la Constitución. Yo no gobierno con libros de texto ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales; gobierno con este librito, y digo que se me busque en este librito el Poder Judicial, que lo busquen aquí a ver si lo encuentran... No es sólo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir Poder Judicial a decir Administración de Justicia, va todo un mundo en el Concepto del Estado.»⁹

Por consiguiente, nuestra Constitución ha querido modificar el sentido existente hasta esos momentos, reflejando una concepción política del Estado diferente. ¿Qué debe entenderse bajo ese prisma por Poder Judicial?

Pues sin una comprensión rigurosa de lo que significó históricamente la Revolución Francesa y la teoría de la división de poderes, así como de su ulterior evolución,¹⁰ resulta imposible explicar ese concepto, acomodado a nuestra normativa, hoy. Ello porque, como es sabido, en 1789 no apareció realmente un verdadero Poder Judicial, pues se atribuyó la potestad judicial, al no poderse imputar con el fin de mantener la libertad ni al Legislativo, ni al Ejecutivo, al Pueblo, a todos, a los elegidos por él, no existiendo ni órganos judiciales permanentes, ni un cuerpo de funcionarios, llegando a quedar sometidos los Jueces al Poder Ejecutivo.¹¹ Claro es que una evolución inmediata condujo, en la realidad,¹² a la conversión de los Jueces en funcionarios administrativos, apareciendo la Administración de Justicia. Las Leyes orgánicas francesas posteriores¹³ hicieron cristalizar esta situación, apoyada doctrinalmente por los procedimentalistas franceses.¹⁴

Aunque no se puede decir que algo distinto haya ocurrido en España, lo cierto es que la expresión «Poder Judicial» ha tenido más

p. 45. El original está en el Diario de Sesiones de las Cortes, de 23 de noviembre de 1932, p. 9699.

9. Véase también J. TOMÁS VILARROYA, *Gobierno y Justicia durante la Segunda República*, en *El Poder Judicial*, Ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, t. III, p. 2621.

10. Véase al excelente resumen de MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 48 a 50. Particularidades en A. PIZZORUSSO, *L'Ordinamento Giudiziario*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1974, pp. 67 y ss.; y en E. PE-DRAZ PENALVA, *La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, en *RDPI*, 1976, Nr. 4, pp. 905 y ss.

11. Véanse MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 48 y 49.

12. Me refiero a la Constitución Francesa de 13 de diciembre de 1799.

13. Concretamente, la de 18 de marzo de 1800, y la de 20 de abril de 1810.

14. En forma particular por GARSONNET. Vid. MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 49.

éxito por ser el Título de la Ley de 15 de septiembre de 1870, que por quedar, en ocasiones aisladas, constitucionalizada.¹⁵ En verdad, ni con dicha Ley hemos tenido en sentido correcto un Poder Judicial, puesto que, por fijarnos sólo en un dato, pero importantísimo, no existió, a pesar de su proclamación, originariamente aunque con posterioridad sí, la inamovilidad judicial.¹⁶ En una palabra, consideración del Juez como funcionario administrativo y, por tanto, sujeto a sus vaivenes.¹⁷

Pero la Constitución de 1978 rompe, a mi juicio, y radicalmente, con estas concepciones y teorías. En ella el Poder Judicial se configura en un doble sentido, como indica el prof. Montero:¹⁸

1.º Al referirse a él, puede pensarse en primer lugar en Poder Judicial como Órganos dotados de Jurisdicción, siendo Poder Judicial todos los órganos a los que la Constitución atribuye potestad jurisdiccional;

2.º Pero también se puede pensar, en segundo y último lugar, en Poder Judicial como organización, como parte organizada del conjunto de Jueces y Magistrados que tienen potestad jurisdiccional.

Este segundo sentido engloba un concepto más restringido que el primero, siendo precisamente el regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo órgano de gobierno es el ya mencionado Consejo General del Poder Judicial.

Los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial así entendido, es decir, como organización, forman un cuerpo único, con estatuto jurídico común, confiándose su gobierno a dicho Consejo, órgano administrativo, pero independiente de los otros Poderes.¹⁹ El aspecto más importante a destacar ahora quizás también es que se trata de un poder único para todo el Estado. Dicho con otras palabras: los órganos propios de las Comunidades Autónomas no tienen en ningún caso potestad jurisdiccional, pues los órganos del Poder Judicial no

15. MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 50, enumeran esta referencia terminológica.

16. Véanse MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, página 51.

17. Recuérdesse a este respecto la figura del Juez cesante, al que se refiere incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, en su Disposición Transitoria VIII.

18. MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, páginas 58 y ss.

19. MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 60.

pertenecen a éstas, sino que están situados en el territorio de las mismas.²⁰

Se está partiendo en la nueva normativa constitucional, en consecuencia, de un concepto de poder político dentro de un Estado democrático. Si consideramos correcta la definición de poder como capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás a las decisiones adoptadas,²¹ y es claro que en una sociedad democrática quien gobierna lo hace porque así lo ha querido el pueblo, es decir, en éste es en quien reside la soberanía, es el propio pueblo quien al darse su norma básica delimita quién va a ejercer los poderes derivados de la misma, institucionalizando el poder mediante el Derecho.²²

Observado el cambio conceptual, y precisado el significado de Poder Judicial, nos falta un último concepto para completar la exposición.

En efecto, nuestra Constitución democrática ha consagrado un Poder Judicial. Y ese Poder Judicial, al igual que los otros dos poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, tiene atribuido algo para poder ejercer sus funciones. Ese algo es el concepto de potestad, concretamente la potestad jurisdiccional. Por tanto, la Jurisdicción es efectivamente, porque así lo dispone la Constitución y la normativa orgánica, una de las potestades del Estado, atribuida en exclusiva a unos determinados órganos del mismo, los órganos jurisdiccionales, que conforman el Poder Judicial.

El concepto de potestad es claro en mi opinión. Siguiendo al profesor Fairén,²³ los Jueces y Magistrados, por el *imperium* derivado de la soberanía, se encuentran en una actitud de superioridad respecto de las personas que con ellos se relacionan. «Es el *imperium* lo que caracteriza a ese poder y le confiere la categoría de potestad.» Por esa

20. La bibliografía sobre Poder Judicial, proceso y Comunidades Autónomas es amplísima. Véanse, por ejemplo, los diferentes trabajos en los volúmenes de *El Poder Judicial*, obra citada en la nota 9. La afirmación del texto parte de una idea de MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, p. 87.

21. Véase P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político* (3.ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid, 1986, vol. II, p. 108.

22. Véase MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 52 y 53.

23. V. FAIRÉN GUILLÉN, *La potestad jurisdiccional*, *RDJud*, 1972, Nr. 51-52, p. 84; *Id.*, *Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad*, en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edersa, Madrid, 1982, t. I, pp. 34 y ss. Naturalmente, es todavía obligada la consulta de S. ROMANO, *Poteri, potesta*, en *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Ed. Giuffré, Milán, 1953, páginas 173 y ss.

vinculación respecto a los demás es exigible, en virtud de la potestad y en caso necesario, el uso de la fuerza.

Pero todavía no hemos llegado a las premisas necesarias para poder formular un concepto válido de Jurisdicción. Tenemos al Poder Judicial y a la potestad jurisdiccional, pero nos falta identificarlos, es decir, hallar los datos que nos permitan definir una actuación como ejercicio de potestad jurisdiccional, en definitiva, de Jurisdicción, diferenciándola de las demás potestades.

Pues bien, para poder individualizar a la Jurisdicción no hay más posibilidad, partiendo igualmente de nuestras normas básicas, que estudiar dos conceptos clave que nos permitirán de forma absolutamente fiable dicha identificación: 1.º Analizar la función que al ejercer esa potestad jurisdiccional se realiza, comprendiendo los diversos ámbitos de la misma, y el carácter o efecto jurídico propio que dicho ejercicio produce; y 2.º Estudiar el órgano que la actúa, que tiene atribuida la potestad jurisdiccional, provisto de requisitos propios y distintivos de los demás órganos del Estado.

Hasta tal punto es necesario en mi opinión este análisis, que puede decirse sin temor a ningún error que, para que una actuación la calificásemos como ejercicio de la potestad jurisdiccional, es necesaria la concurrencia de esos dos elementos ineludiblemente.

A) Función

Vayamos, pues, a la primera cuestión. Yo creo que la función de la Jurisdicción, tras un detenido análisis de las concepciones más importantes que al respecto ha formulado la doctrina,²⁴ es la que le han atribuido, con gran acierto terminológico, el art. 2 de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, el art. 117.3 de la Constitución, y el art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, cuando afirman que corresponde a los Jueces y Tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Ciertamente, esta frase de éxito, casi sacralizada, significa lo que hoy se conoce mayoritariamente en nuestra doctrina,²⁵ y también en

24. Una exposición detallada de los mismos en J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 56 y ss.; y un corto resumen en J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 121 y 122.

25. Véanse ALMAGRO NOSETE/GIMENO SENDRA/CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATEÑA, *Derecho Procesal* (2.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, t. I, vol. I,

la de los países extranjeros de nuestra área cultural,²⁶ como actuación del Derecho objetivo, según formulación acertada de las teorías objetivas sobre la Jurisdicción.²⁷

Actuar el Derecho objetivo es, pues, la función de la Jurisdicción. Pero pienso que esta formulación es excesivamente general y que nuestra legislación y nuestra doctrina, como se verá en seguida, ofrecen hoy las bases suficientes para una mayor precisión. Se realiza una mayor precisión, porque afirmando que la función de la Jurisdicción es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, o actuar el Derecho objetivo, intentamos responder a la pregunta: ¿Cuál es su función? Debemos preguntarnos también, sin embargo: ¿Cómo actúa la Jurisdicción?

Para responder a esta cuestión correctamente hay que partir de considerar la realidad social que nos envuelve, en donde se observa inmediatamente la existencia de conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente de intereses jurídicos, los cuales, bien a causa de no poder ser solucionados por los propios interesados, bien por estarles vedada la autocomposición, deben ser resueltos jurisdiccionalmente.²⁸

Ahora bien, es cierta la objeción que afirma que no siempre que se acude a la Jurisdicción se hace partiendo de la existencia real de un conflicto, pero lo importante a estos efectos no es el conflicto, sino, como dice Guasp, «la reclamación ante el Juez, que puede ir o no ligada con aquél».²⁹

Pero como en algunos casos, la existencia o no del conflicto es algo que solamente se sabrá al final del proceso, no es lo mismo lo determinante para la actuación de la Jurisdicción, sino que lo fundamental no puede ser otra cosa que los conceptos de pretensión y resistencia, sobre los que volveremos al estudiar el derecho procesal de acción,

p. 74; A. DE LA OLIVA SANTOS/M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho procesal* (3.ª ed.), Ed. P.P.V., Barcelona, 1986, t. I, p. 18; J. V., GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, cit., p. 122; MONTERO AROCA/ORTIELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 147; y F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978, pp. 124 y ss.

26. Véanse, por ejemplo, L. ROSENBERG/K. H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht* (14.ª ed.), Ed. C. H. Beck, Munich, 1986, p. 3; y G. A. MICHELI, *Curso de Derecho procesal civil*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 3.

27. A pesar de la disparidad de opiniones de sus representantes, v. P. CALAMANDREI, *Istituzioni ...*, cit., pp. 23 y ss., y 62 y ss.

28. Para el estudio de estas cuestiones, consúltense básicamente, N. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1970, especialmente sus pp. 35 y ss.

29. J. GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 28.

que, junto con el de satisfacción, constituyen la clave de la función jurisdiccional.

El actuar el Derecho objetivo, satisfaciendo pretensiones y resistencias es, efectivamente, pues, la función de la Jurisdicción. Pero si se observan detenidamente las posibilidades que nos brinda nuestro Ordenamiento Jurídico, se deduce de él que esa función se realiza a través de diversas vías, o, si se prefiere, la función general de actuar el Derecho objetivo es el conglomerado a través del cual se intentan resumir los diversos ámbitos de ejercicio de la potestad jurisdiccional en nuestro Derecho.

Hoy puede decirse que esos ámbitos de ejercicio, recogidos en nuestro texto constitucional y en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, son cinco. Y aquí se va a ver la culminación de una larga evolución, demostrativa de la pérdida de parcelas de poder de los titulares de las potestades ejecutiva y legislativa. Así: ³⁰

1.º En efecto, el primero es la protección de los derechos fundamentales de la persona. De acuerdo con el art. 53.2 de la Constitución, «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1.ª del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional», sentido reflejado también en el art. 7.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tutelar los derechos fundamentales de la persona es, por su importancia, el primer ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues corresponde según dicho texto a los órganos jurisdiccionales a través del ejercicio de dicha potestad.

La tutela se realiza ante los Tribunales ordinarios, provisionalmente en tanto no se desarrolle el art. 53.2 por medio de una Ley especial, a través de la Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, en lo civil, contencioso-administrativo y penal; y ante el Tribunal Constitucional, como la propia norma ordena, por la vía del recurso de amparo, siempre que según la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, sea procedente.

2.º El segundo aspecto podemos denominarlo, con el prof. Gimeno

30. Véanse MONTERO AROCA/ORTIELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 57 y 58.

Sendra,³¹ de «protección de los derechos subjetivos y resolución de las controversias que con motivo de su lesión o puesta en peligro se susciten». Esta protección se recoge en el art. 24.1 de nuestra Constitución, que, como veremos más adelante, es el que consagra genuinamente el derecho constitucional de acción: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»; también aparece reflejado este ámbito en el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta faceta en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es la más general de las cinco que se están considerando aquí, por las posibilidades de realización que el Ordenamiento Jurídico permite, pues dicha tutela es prestada diariamente por los órganos jurisdiccionales cuando la persona pone en marcha el proceso ejerciendo su derecho de acción, tratándose de un interés meramente privado o público el que esté en juego.

La protección significa tanto el derecho de la persona a plantear la cuestión jurídica ante el órgano jurisdiccional, cuanto la obligación del mismo de resolver el problema planteado.

3.º En tercer lugar, aparece la fiscalización de la actividad de la Administración. Dispone en efecto el art. 106.1 de la Constitución que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»; texto que reitera el art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El legislador constituyente ha creído necesario otorgar esta protección a la Jurisdicción, sin que ello suponga una derogación de la vía previa, por el grave peligro que corre el ciudadano de que sus derechos, patrimonio o situaciones jurídicas personales, puedan verse conculcados por actuaciones ilegales o ajenas a sus propios fines de la poderosa Administración. La tutela jurisdiccional garantiza así la debida protección, erigiéndose la fiscalización de la Administración como uno de los ámbitos concretos de ejercicio de la potestad jurisdiccional.

4.º La Jurisdicción, en cuanto a su ámbito, tiene también el monopolio en la imposición de penas, según el art. 25 de la Constitución; y

5.º Finalmente, controla la constitucionalidad de las Leyes, de

31. J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, cit., p. 123.

conformidad con los arts. 161 de la Constitución, y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Pero en la realización de estos diversos aspectos la Jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, integra el Ordenamiento Jurídico, apareciendo la llamada «creación judicial del Derecho».

En efecto, la aplicación de la Ley al caso concreto significa siempre una aplicación creadora. En palabras de Kelsen, «una norma general que enlaza a un hecho abstractamente determinado una consecuencia también abstracta, necesita ser individualizada para tener sentido; así, la función de la Jurisdicción no es meramente declarativa, sino más bien constitutiva, de creación del Derecho en el sentido auténtico de la palabra».³²

Esta creatividad se halla reconocida en diversas normas de nuestra legislación, por ejemplo, cuando el Juez debe determinar si ha existido buena fe o el comportamiento ha sido con arreglo a las buenas costumbres. Pero donde se manifiesta más fundamentalmente esta creación es en aquellas normas que, aun sin reconocerlo expresamente, otorgan a la Jurisprudencia el valor de fuente del Derecho, siendo el caso más pronunciado aquel que reconoce el valor de la Jurisprudencia (antes doctrina legal) como motivo del recurso de casación.³³

Puede contradecir esta opinión el hecho de que el art. 1.6.º del Código Civil otorga a la Jurisprudencia tan sólo una función de complementación del Ordenamiento Jurídico, función a realizar conforme a dicho precepto, al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Pero, obsérvese, el recurso de casación, antes y después de la reforma de 1984, permite en numerosas ocasiones que el Tribunal Supremo, con sus fallos reiterados y uniformes, produzca por medio de ese deber de integración Derecho objetivo.³⁴

Con estas premisas debe llegarse a la conclusión de que los Tribunales autorizados, por medio de la Jurisdicción, crean Derecho, pues están actuando en esos casos la potestad jurisdiccional.

32. H. KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales en la teoría pura del Derecho*, Madrid, 1933, pp. 52 y ss.

33. Véase J. CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Ed. Reus, Madrid, 1954, pp. 7 y ss.

34. Véanse sobre estas cuestiones, MONTEIRO AROCA/ORTIELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 151 a 154; y J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, cit., pp. 112 a 121.

El segundo subconcepto que, como se dijo, debía estudiarse para determinar si ante una actuación estamos frente a ejercicio de potestad jurisdiccional es el del carácter o efecto jurídico propio que dicho ejercicio produce.

En este sentido debe afirmarse rotundamente, y en ello no hay duda alguna en la doctrina, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional produce un efecto jurídico típico y exclusivo. En palabras de Alorio, «la actuación del Derecho objetivo al caso concreto tiene carácter definitivo e irrevocable, es actuación del Derecho con valor de cosa juzgada»,³⁵ o, como dice el prof. Serra, «no basta con la emisión de un juicio jurídico para que exista Jurisdicción..., sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada».³⁶ Y así se desprende claramente en mi opinión de los arts. 118; 161.1.a); y 164.1 de la Constitución; así como de los arts. 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta precisión es totalmente necesaria, porque como han puesto de manifiesto Prieto-Castro,³⁷ Gutiérrez de Cabiedes,³⁸ Serra³⁹ y Ortells,⁴⁰ si el fin de la Jurisdicción fuera tan sólo la actuación del Derecho objetivo, ese fin coincidiría con una parte de la actividad de la Administración, puesto que «a través de los llamados inexpresivamente privilegios de decisión ejecutiva y de acción de oficio», la Administración actúa el Derecho objetivo, ya que no necesita, como afirma el prof. García de Enterría, someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutivas, pudiendo imponer ella misma, ante el incumplimiento, con sus propios medios coactivos, la ejecución forzosa.⁴¹

De ahí que el elemento diferenciador entre ambas potestades, la jurisdiccional y la administrativa, sea precisamente el valor que el

35. ALLORIO, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Problemas de Derecho procesal», Ed. EJE, Buenos Aires, 1963 (trad. de Sentis), t. II, pp. 32 y 33.

36. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, en *Estudios...*, cit., p. 49.

37. L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho procesal civil*, Ed. Imprenta Sáez, Madrid, 1952, t. I, p. 133 y 134.

38. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y SÁEZ DE HEREDIA, *Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho procesal*, en *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Universidad, Pamplona 19, pp. 49 a 51.

39. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, en *Estudios...*, cit., pp. 58 y 59.

40. M. ORTELLS RAMOS, *Concepto de Derecho procesal*, Memoria inédita de Cátedra, Valencia, 1983, pp. 123 y ss.

41. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo* (4.ª ed.), Ed. Civitas, Madrid, 1983, t. I, pp. 455 y ss.

Ordenamiento Jurídico atribuye a las decisiones de la Jurisdicción, su valor de cosa juzgada.

Con ello entiendo que queda individualizado y precisado el carácter que produce el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Su función es actuar el Derecho objetivo, satisfaciendo pretensiones y resistencias; su valor, el de cosa juzgada con que realiza dicha actuación.

B) Órgano

El segundo concepto individualizador, tal y como quedó dicho anteriormente, es el órgano que actúa la potestad jurisdiccional. Pues bien, el estudio del órgano jurisdiccional, a la luz de nuestra Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de la normativa ordinaria que a ella debe acomodarse, se enfoca, en lo que ahora interesa, desde el punto de vista de los requisitos que el mismo debe reunir para lograr plenamente el fin que ejercitando la potestad jurisdiccional debe cumplirse.

El primero de ellos, y para protegerlo prevé la Ley todos los demás, es el de la independencia. Según el art. 117.1 de la Constitución, la administración de Justicia se ha de realizar por Jueces independientes; principio confirmado por el art. 1, entre otros, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No obstante, cabe hablar de dependencia en relación con los Jueces, pero únicamente en un sentido: La sumisión de los Jueces al imperio de la Ley, según se afirma en el art. 1 *in fine*, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como ha dicho el prof. Gómez Orbaneja, «el sometimiento del Juez a la Ley y su independencia frente a todo lo que no sea la Ley son correlativos, son como las dos caras de una misma cosa».⁴²

La independencia de los Jueces requiere una compleja regulación legal que la proteja a toda costa frente a posibles ingerencias, tanto externas como internas. Esta regulación viene articulada bajo lo que doctrinalmente se denomina «garantías de la independencia»,⁴³ algunas de las cuales vienen recogidas en el art. 117.1 y 2 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las mismas, global-

42. E. GÓMEZ ORBANEJA/V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil* (8.ª ed.), Ed. AGyE, Madrid, 1976, vol. 1.º, p. 52.

43. Véase sobre este punto, J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 39 a 42.

mente, tienden a evitar que el Juez no pueda ejercer la función jurisdiccional por causa de destituciones, traslados, suspensiones o jubilaciones arbitrarias; también, por otro lado, evitar sustracciones de su competencia en el asunto concreto violándose las reglas generales de atribución. Con esta ordenación de las garantías de la independencia, considero que se fomenta el valor social de la *auctoritas* de los Jueces.⁴⁴

Las garantías se articulan en cuatro campos:⁴⁵

1.º Frente a la propia Sociedad, regulándose *a priori* las condiciones, incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que a los Jueces afectan;

2.º Frente a los otros Poderes del Estado, en concreto respecto al ejecutivo, prohibiéndose que las disposiciones reglamentarias puedan derogar o modificar la Planta de los Tribunales o las condiciones para el ingreso o ascenso en la carrera judicial; y la aplicación de reglamentos o disposiciones inferiores contrarias a las Leyes, resolviéndose esta garantía particularmente en la inamovilidad, es decir, en el derecho de los Jueces a no ser destituidos, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y en la forma previstas por la Ley;

3.º Frente a sus superiores jerárquicos, prohibiéndose en este sentido por la Ley que los Tribunales puedan dictar disposiciones con carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las Leyes, o que los superiores censuren, salvo por vía de recurso, la aplicación o interpretación de las Leyes hechas por los inferiores en el orden jerárquico; y

4.º Por último, las garantías se articulan también frente a las partes, apareciendo aquí la independencia como imparcialidad y, por tanto, traduciéndose en las instituciones de la abstención y recusación de Jueces y Magistrados.

Y las garantías de la independencia tienen como contrapartida la responsabilidad,⁴⁶ recogida asimismo en los arts. 177.1 de nuestra Cons-

44. Sobre dicho valor es imprescindible la consulta de J. CARRERAS LLANSANA, *Las fronteras del Juez*, en *Estudios de Derecho procesal* (con Fenech), Librería Bosch, Barcelona, 1962, pp. 105 y ss.; y del mismo autor, *Naturaleza del órgano jurisdiccional*, RDPI, 1965, Nr. 2, pp. 359 y ss.

45. Véase expresa y detalladamente sobre este tema: MONTERO AROCA/ORTTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 189 a 211.

46. Ha profundizado en el estudio de la responsabilidad judicial en España, J. ALMAGRO NOBETE, *Problemática del «recurso» de responsabilidad civil contra*

titución, y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Claro es que al ser el Juez, en nuestra organización jurisdiccional, funcionario y Juez en sentido estricto, la responsabilidad afecta a ambas facetas, siendo la segunda, que se manifiesta en responsabilidad civil, penal y disciplinaria, como es lógico, la más importante.

3. ACERCA DEL DERECHO DE ACCIÓN

El segundo concepto básico que integra la Parte General de nuestra Disciplina es el derecho de acción. No creo que se adopte un buen método pretendiendo exponer detalladamente las doctrinas que sobre el mismo ha producido la literatura procesal.⁴⁷ El riesgo ha sido puesto de manifiesto por autores como Calamandrei,⁴⁸ y, entre nosotros, Alcalá-Zamora,⁴⁹ Prieto-Castro,⁵⁰ y De la Oliva.⁵¹

Pero sí lo es el referirse a su nacimiento y a las concepciones generales que sobre él se han formulado, aunque, como se verá más adelante, entiendo que el planteamiento correcto del estudio del derecho de acción debe ser el análisis de su significado, y, sobre todo, de su constitucionalización.

El derecho de acción es consecuencia directa de la prohibición de la autotutela como medio de resolver los conflictos jurídicos. Pero, para que la resolución de los mismos pueda ser posible a través de la Jurisdicción por el órgano jurisdiccional, el Ordenamiento Jurídico

Jueces y Magistrados, RDPI, 1971, Nr. 2-3, pp. 291 y ss.; y del mismo autor, *Responsabilidad judicial*, Ed. Almendro, Córdoba, 1984.

47. Véanse los diferentes resúmenes de A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 10 y ss.; J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, cit., pp. 129 y ss.; MONTERO AROCA/ORTTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 289 a 301 y 304 a 313; F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit.; y de M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en *Estudios...*, cit., pp. 118 y ss. Es interesante consultar también, para observar su aceptación y evolución en España, F. GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADI, *Doctrina procesal española sobre la acción (1830-1390)*, RDPI, 1979, Nr. 1, pp. 21 y ss.

48. P. CALAMANDREI, *La certezza del Diritto e la responsabilità della dottrina*, en *Opere Giuridiche*, Ed. Morano, Napoli, 1965, t. I, p. 514.

49. N. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Ed. UNAM, México, 1974, t. I, p. 323.

50. L. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, *Derecho de Tribunales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 57 y ss.

51. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., página 5.

debe posibilitar que los sujetos en conflicto puedan acudir a la misma con aquel fin. Ello se hace efectivo reconociendo a esos sujetos el derecho de acción.⁵²

Históricamente, en los albores de la polémica sobre el derecho de acción, se trató de explicar la coexistencia del derecho subjetivo privado con otro derecho subjetivo, en palabras del prof. De la Oliva,⁵³ «de diferente naturaleza, conectado con la actividad o función jurisdiccional», más concretamente, dice este autor, «de explicar el tránsito del Derecho objetivo material al proceso e incluso la mutación jurídica que el proceso representa para los derechos subjetivos privados y para el propio Derecho objetivo material privado».

Las discusiones en torno al mismo derivaron pronto en el mantenimiento de dos tesis encontradas acerca de su naturaleza.⁵⁴

Expuestas a grandes rasgos, la primera de ellas, denominada comúnmente «teoría concreta», entiende que el derecho de acción es el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia favorable a quien lo pide.⁵⁵

La segunda, conocida como «teoría abstracta», parte de la crítica del círculo vicioso que ese planteamiento de la acción supone: En el caso de que el demandante vea desestimada su demanda ha realizado un proceso sin tener derecho de acción, pero para determinar si el demandante tiene el derecho que hace valer hay que acudir al proceso.⁵⁶

En consecuencia, según ella, el derecho de acción no es el derecho a la sentencia favorable, sino el derecho de acudir a los Tribunales, el derecho a provocar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, independientemente de cuál sea el sentido de la resolución de fondo.⁵⁷

52. Véase sobre esta cuestión J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 114 y ss.

53. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pp. 15 y 16.

54. Una buena exposición general sobre los mismos por lo que hace referencia a España en J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 130 y ss.

55. Véanse, teniendo en cuenta las particularidades y matices de cada autor, A. WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, ZJP 32 (1904), pp. 1 y ss.; G. CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos* (trad. Sentis Melendo), en *Ensayos de Derecho procesal civil*, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1969, pp. 118 y ss.; y GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil* (8.ª ed.), cit., vol. I, pp. 225 a 237.

56. Crítica formulada por H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877 (Scientia Verlag, Aalen 1969), p. 4.

57. Véase en las palabras de J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 144 y ss.

Ahora bien, en mi opinión, más que situar estas teorías en un enfrentamiento radical, es útil poner de manifiesto que cada una de ellas explica, en definitiva, un problema distinto.

La teoría concreta no trata de explicar la iniciación del proceso. Como dijo Hellwig,⁵⁸ en contestación a las críticas de Bülow,⁵⁹ el derecho de acción, en la concepción del primero, «no es condición del proceso, sino de la victoria en el proceso».

Persigue, en cambio, explicar que la organización de la tutela del orden jurídico privado no se agota con normas pertenecientes a ese orden sino que consiste también en normas procesales, no formales, que configuran la tutela jurisdiccional que pueda obtenerse.⁶⁰

La teoría abstracta, al contrario, explica el derecho a provocar la actuación jurisdiccional; derecho que, por diversas razones, no puede hacerse depender del resultado final del proceso mismo.⁶¹

Si ello es así, ambas posiciones, por atender a problemas diferentes en relación con el derecho de acción, son correctas, pues son complementarias entre sí, tal y como ha indicado últimamente el profesor Ortells.⁶²

Sin embargo, que el derecho de acción como derecho al proceso se entienda abstractamente, no quiere decir en ningún caso que no deba hacer referencia a una situación jurídico-material determinada, sin entrar, de momento, en la cuestión de si esta situación existe realmente o no.

Esto se comprende considerando las diferencias y relaciones entre acción y pretensión. La pretensión no es un derecho. Se interpone con el ejercicio del derecho de acción, pero es una declaración petitoria, un acto jurídico consistente en una petición, fundada, que se dirige al órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuese, según entienden los prof. Guasp⁶³ y Montero.⁶⁴

58. K. HELLWIG, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905 (Scientia Verlag, Aalen 1980), p. 6.

59. O. VON BÜLOW, *Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess*, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess 1903, pp. 265 a 270.

60. MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, p. 303.

61. Pueden verse esas razones en MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 307 y ss.

62. M. ORTELLS RAMOS, *Concepto del Derecho procesal*, Memoria..., cit., páginas 229 y ss.

63. J. GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, cit., pp. 47 y ss.

64. J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., p. 96.

Estos autores han resaltado⁶⁵ las claras diferencias entre el derecho de acción y la pretensión procesal. Además de la ya dicha, debe matizarse que «no existe primero el derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado, y después otro derecho a obtener actos procesales hasta la ejecución de la sentencia». Por otra parte, «la eficacia de la acción no depende de la fundamentación ni de la legitimación. La acción, como derecho, corresponde a todas las personas y puede ser ejercitada por todos los que tengan capacidad de obra, accionando en otro caso sus representantes. Por ello, si la acción se ejercita por persona capaz, triunfa siempre, pues logra una actuación jurisdiccional de examen y satisfacción de la pretensión interpuesta. Ésta, por el contrario, sólo será estimada si concurren la legitimación y la fundamentación».

También existen diferencias según el momento procesal en que la pretensión se interponga. Si bien es cierto que en el proceso civil ordinario, el derecho de acción y la pretensión se ejercitan e interponen en un mismo acto, la demanda, en otros procesos, como en el ordinario verbal o en el especial laboral, la demanda supone el ejercicio de la acción, pero no el único acto de interposición de la pretensión.⁶⁶

De lo dicho resulta clara la relación entre derecho de acción y pretensión procesal: Es implícita al derecho de provocar el ejercicio de la potestad jurisdiccional la interposición de una pretensión.

Pues bien, hechas estas precisiones, la importancia hoy del derecho de acción radica en su constitucionalización,⁶⁷ en el sentido de los términos en que aparece redactado en nuestra norma fundamental, no en el de que sea éste, que no lo es, un fenómeno nuevo en nuestro Derecho.⁶⁸ En efecto, nuestra Constitución se refiere al derecho de acción en varios preceptos (arts. 24.1; 53.2; 119; 124.1; 125 y 162), pero su reconocimiento genuino se halla en el primero de ellos, anteriormente citado.

De otro lado, dicha importancia de su constitucionalización no reside en averiguar qué doctrina ha consagrado nuestro legislador cons-

tituyente. Ello porque, a mi juicio, éste ha querido incorporar a la norma suprema la teoría de mayor trascendencia política, para evitar a toda costa que se pudiera producir indefensión.

Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional ponen claramente de relieve esta intencionalidad y este significado, pues, partiendo de las exigencias generales de acomodación de la normativa ordinaria al mandato constitucional, y compromiso por parte del Estado de hacer efectivo ese derecho, la doctrina del Alto Tribunal ha reiterado, bajo la máxima preocupación, insistimos, evitar a toda costa que se pueda producir la indefensión, y ya desde sus primeras sentencias, que el derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución comprende, en primer lugar, el derecho a iniciar el proceso;⁶⁹ en segundo, el derecho a un proceso con las debidas garantías;⁷⁰ en tercero, el derecho a la sentencia de fondo;⁷¹ en cuarto lugar, el derecho al recurso estando previsto por la Ley;⁷² y, por último, el derecho a la ejecución.⁷³

Pero, considerando el tema desde otra perspectiva, aquella exigencia, a que se ha hecho referencia, de compromiso del Estado para hacer efectivo el derecho de acción, puesto que en otro caso no se entiende su constitucionalización, ha merecido especial atención a un sector importante de nuestra doctrina, fundamentalmente a los prof. De Miguel,⁷⁴ Almagro,⁷⁵ Montero,⁷⁶ Ramos⁷⁷ y Gimeno,⁷⁸ que se han planteado el estudio de las consecuencias de la constitucionalización de dicho derecho, partiendo de la constatación de la existencia de una serie de obstáculos que podrían hacerla utópica, en tanto el propio legislador o el Tribunal Constitucional no los remuevan.

69. Véase, por todas, la S TC Nr. 13/1981, de 22 de abril (BOE de 21 mayo), Fundamento Jurídico Nr. 1.º

70. Véase la S TC Nr. 22/1982, de 12 de mayo (BOE del 9 junio), Fundamento Jurídico Nr. 1.º

71. Véase la S TC Nr. 24/1981, de 14 de julio (BOE del 20 julio), Fundamento Jurídico Nr. 3.º

72. Véase la S TC Nr. 14/1982, de 21 de abril (BOE del 18 mayo), Fundamento Jurídico Nr. 5.º

73. Véase la S TC Nr. 32/1982, de 7 de junio (BOE del 28), Fundamento Jurídico Nr. 2.º

74. C. DE MIGUEL Y ALONSO, *Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles y sus posibles soluciones*, RDPI, 1971, Nr. 1, pp. 59 y ss.

75. J. ALMAGRO NOSETTE, *El «libre acceso» como derecho a la jurisdicción*, en *Consideraciones de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, páginas 109 y ss.

76. J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., páginas 164 y ss.

77. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, cit., pp. 251 y ss.

78. J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho procesal*, cit., pp. 139 y ss.

65. En las obras citadas en las dos notas anteriores, páginas consignadas y en su caso, siguientes.

66. Véase J. MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, t. I, p. 208.

67. Así se destaca en los últimos estudios al respecto. Véase, por ejemplo, el de V. MORIÑO CATENA, *Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva*, Poder Judicial 1984, Nr. 10, pp. 41 y ss.

68. Véase J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 144 y ss., respecto al régimen anterior al vigente democrático.

Antes de entrar, brevemente, en ellos, debe quedar claro que estos problemas relacionados con la constitucionalización se refieren al aspecto abstracto, no se quiere decir a la teoría abstracta, del derecho de acción, en tanto en cuanto la mayor incidencia de las negaciones al mismo se produce en relación con la obtención de la propia Justicia a través del proceso.

Bajo esta consideración general, desligada de planteamientos particulares influenciados por una postura abstracta o concreta del derecho de acción según las teorías clásicas, debe entenderse el texto que sigue.

En efecto, la mayor cortapisa es sin duda la excesiva duración del proceso. Hace ya varios años, el prof. De Miguel⁷⁹ demostró que la duración de un proceso civil de mayor cuantía alcanzaba un promedio de cinco años y cinco meses. Y el mal afecta a nuestros procesos plenarios rápidos, lo que es una total incongruencia, e incluso al propio proceso penal.⁸⁰ El tema incide directamente en una negación del derecho de acción, porque, como dijo Couture,⁸¹ «en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: Es Justicia. Quien dispone de él tiene en sus manos las cartas del triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado».

Las causas de tal lentitud las precisó también el prof. De Miguel,⁸² y a pesar de las reformas últimamente habidas⁸³ pueden suscribirse prácticamente todas: Escaso número de Jueces, falta de recursos económicos, defectuosa demarcación judicial, excesivo predominio del principio dispositivo, abuso de los incidentes, excesivo número y utilización desmesurada de los medios de impugnación.

La doctrina⁸⁴ propugnó los siguientes remedios: Aumento de los poderes del Juez en lo referente al examen de oficio de determinados

presupuestos procesales, que, como decían los profesores Fenech⁸⁵ y Carreras,⁸⁶ se hallaba reducido a escasos requisitos formales de la demanda; preparación del juicio mediante la introducción de una audiencia preliminar; y potenciación de los principios de oralidad, inmediación y concentración. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1984, que consideró varias de estas propuestas, no supuso ciertamente la total remoción de dichas causas, más bien quedó en un tímido intento.⁸⁷

La onerosidad del proceso es otro de los graves obstáculos con que se encuentra el ciudadano para lograr la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Tras un paciente estudio del prof. De Miguel,⁸⁸ estoy totalmente de acuerdo con sus palabras, al haber sido objeto de análisis también en mi Tesis Doctoral,⁸⁹ y sin perjuicio de que la nueva regulación del beneficio de justicia gratuita⁹⁰ pueda aliviar la situación: «En la mayoría de los casos —decía este profesor—, la Justicia es un lujo que no puede permitirse el proletariado.»

Qué duda cabe que existen otros obstáculos menos generales en nuestro Derecho que impiden asimismo de una forma u otra el libre acceso a los Tribunales. No vamos a hacer, sin embargo, más referencia a ellos⁹¹ que llamar la atención sobre un tema ya estudiado, incluso por mí, si bien parcialmente,⁹² que gira nuclearmente sobre los mismos, puesto que el problema reside, en el fondo, en que las cortapisas que impiden una administración de Justicia, o mejor, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma rápida, eficaz y justa, inciden

85. M. FENECH NAVARRO, *La función del Juez en la dirección del proceso civil*, en *Estudios...* (con Carreras), cit., pp. 246 y 247.

86. J. CARRERAS LLANSANA, *Las fronteras del Juez*, en *Estudios...* (con Fenech), cit., pp. 119 y ss.

87. Véase el tono crítico de V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en su *A modo de presentación* de los «Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 11 y 12.

88. C. DE MIGUEL Y ALONSO, *Los costes y las costas en el proceso civil español*, RDPI, 1969, Nr. IV, pp. 901 y ss. La cita literal es de la p. 933.

89. J. L. GÓMEZ COLOMER, *El beneficio de la pobreza (La solución española al problema del acceso gratuito a la Justicia)*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pp. 425 y 426.

90. He comentado esta reforma en J. L. GÓMEZ COLOMER, *La Justicia gratuita: Análisis de su reforma*, en *Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985, páginas 57 y ss.

91. Véase sobre este punto en general, F. RAMOS MÉNDEZ (Editor), *Para un proceso civil eficaz*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, *passim*.

92. J. L. GÓMEZ COLOMER, *El beneficio de pobreza*, cit., pp. 422 y ss.

79. C. DE MIGUEL Y ALONSO, *Consideraciones sobre la lentitud...*, cit., RDPI, 1971, Nr. 1, p. 63.

80. Véanse estadísticas recientes en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial del año 1987.

81. E. J. COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Ed. Buenos Aires, 1954, p. 37. Véase también J. MONTERO AROCA, *La duración del proceso civil*, en *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, páginas 281 y ss.

82. C. DE MIGUEL Y ALONSO, *Consideraciones sobre la lentitud...*, cit., RDPI, 1971, Nr. 1.

83. Especialmente la operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto (BOE del 7).

84. Véase, por todos, J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., pp. 124 y ss.

menormente en quienes ostentan una buena posición económica. Esta no decide el fallo evidentemente, pero lo hace mucho más soportable si éste se alarga en demasía o es costoso el proceso para llegar a él.

Siendo la Justicia igual para todos y ante las flagrantes violaciones de este principio,⁹³ la norma del art. 24.1 de nuestra Constitución, mucho más perfecta de lo que de una simple e interesada lectura pudiera deducirse, debe incidir directamente sobre estos valladares, recogidos en normas ordinarias o producto de una aplicación laxa, e incluso incorrecta en ocasiones, de los mismos, produciéndose su derogación o declaración de inconstitucionalidad, con el fin de que el acceso a la Justicia sea efectivamente libre e igual para todos los ciudadanos, independientemente de cuáles sean sus ingresos económicos o posición social, concreción esta última en relación directa con el principio de igualdad, procesal, del art. 14 de la Constitución, y de la prohibición de la indefensión del art. 24.1 también de la Constitución, como acertadamente ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.⁹⁴

4. EL PROCESO, TERCERA BASE CIENTÍFICA

El tercer y último elemento básico que nos dará la pauta para formar científicamente el concepto del Derecho Jurisdiccional es el de proceso. Y es el tercero porque, la doctrina⁹⁵ está de acuerdo con ello, el proceso es lo característico de la Jurisdicción. Aquél es el instrumento utilizado por ésta para cumplir su función. La correlación entre ambos conceptos es clave, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional se realiza siempre y exclusivamente a través del proceso.

El término instrumento debe ser precisado. No es el proceso un medio o instrumento para la realización del Derecho objetivo del Estado o para la tutela de los derechos subjetivos de las partes, sino, como dice el prof. Montero,⁹⁶ «el medio puesto por el Ordenamiento

93. Esta frase se comprende leyendo tan sólo las numerosas sentencias del TC en que se ha estimado el amparo por infracciones al art. 14 de la Constitución.

94. Véase, por ejemplo, y citamos también una de las primeras sentencias, la S TC Nr. 28/1981, de 23 de julio (BOE del 13 de agosto), Fundamentos Jurídicos Nr. 3.º y 4.º.

95. Desde N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 103; a MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, p. 39; pasando por V. FAIRÉN GUILLÉN, *Ideas para una Teoría General del Derecho procesal*, en *Temas...*, cit., t. II, pp. 289 y ss.

96. J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit., p. 180.

Jurídico para que la Jurisdicción, y en concreto sus órganos, realicen su función», instrumento que por esto mismo es necesario.

No se trata ahora de exponer el problema de la naturaleza jurídica.⁹⁷ La insuficiencia de esta vía ha sido puesta de manifiesto últimamente por la doctrina.⁹⁸ Lograda la autonomía de nuestra Ciencia con la teoría de la relación jurídica,⁹⁹ hoy el proceso es el proceso, y sólo ésa es su naturaleza jurídica.¹⁰⁰

Se trata en cambio, partiendo del carácter instrumental antedicho, de determinar las reglas fundamentales que caracterizan al proceso en nuestra regulación. La vía que se ha propuesto para hallarlas no es otra que el estudio de las normas básicas o principios a que la actuación del Derecho objetivo por la Jurisdicción se somete.¹⁰¹

Con este fin creo que deben distinguirse, por motivos didácticos y de claridad expositiva, los principios del proceso de los del procedimiento, porque unos principios fundamentales informan la actividad instrumental y otros, en relación íntima con ellos, no obstante, su forma externa.

Previamente debo también afirmar que he tenido en cuenta las advertencias de cierto sector de la doctrina germánica, encabezado por Hagen,¹⁰² Henckel¹⁰³ y Grunsky,¹⁰⁴ acerca del correcto significado de los principios del proceso.

En efecto, existe un riesgo de hipervaloración de los mismos, porque al tratar de definirlos se observa que no se encuentran formulados en las leyes de forma químicamente pura. Se tiende a ordenarlos y sistematizarlos para facilitar su exposición, por diversos motivos, in-

97. Una rápida ojeada a las diversas posiciones puede verse en MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 331 a 343.

98. Véase MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, página 344.

99. Explicada por su autor en O. VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868 (Scientia Verlag, Aalen, 1969), pp. 1 a 4.

100. Si no se entiende así y se cree, por ejemplo, como en Roma, que el proceso es un contrato, habría que admitir el absurdo de acudir al derecho de obligaciones para resolver las lagunas que en el proceso existan.

101. Así, MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, cit., t. I, pp. 375 y 376.

102. J. J. HAGEN, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Ed. Rombach, Freiburg i. Br. 1972, pp. 84 y ss.

103. W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Ed. Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 118 y ss.

104. W. GRUNSKY, *Gundlagen des Verfahrensrechts* (2.ª ed.), Ed. Gieseking, Bielefeld, 1974, pp. 16 y ss.

cluidos los pedagógicos, pero muchas veces se va más allá de lo que la propia Ley dice, y en ocasiones se aplican a casos donde la Ley silencia la cuestión.¹⁰⁵ Ciertamente, dice Grunsky,¹⁰⁶ los principios del proceso no son un *allmächtiges Zaubermittel* (un hechizo todopoderoso), pero sí una ayuda indispensable para el hallazgo de la respuesta a cuestiones no reguladas directamente en la Ley.

A) Teniendo en cuenta este riesgo, he estudiado los principios del proceso. Su configuración y determinación se han efectuado en base a la distinción entre intereses públicos y privados, o mejor entre Derecho público y privado. Como ha dicho el prof. Montero,¹⁰⁷ «según la clase de interés, se está ante un tipo de proceso diferente. Frente a un proceso necesario, en el que por tratarse de intereses públicos viene dado forzosamente su nacimiento y contenido, existe otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento productor tanto de su nacimiento como de su contenido y extinción».

Estos dos modelos básicos, añade aquel autor,¹⁰⁸ se corresponden con los procesos penal y civil:

1.º En el penal predomina el interés público, siendo su realización necesaria en un doble sentido: Primero, porque la pena sólo puede ser impuesta por los órganos jurisdiccionales a través del proceso; segundo, porque en todos los casos en que estos órganos tengan conocimiento de la existencia de un delito, han de poner en movimiento el instrumento procesal, exista o no persona que ejercite la acción penal.¹⁰⁹

2.º Por el contrario, en materia civil lo determinante para la iniciación del proceso es la voluntad del individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses.

105. Piénsese en el interrogatorio del acusado en el juicio oral del proceso penal español por delitos graves y se comprenderá, aunque esté plenamente justificada la aplicación del principio de contradicción, la gravedad de la advertencia.

106. W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts* (2.ª ed.), cit., p. 17.

107. J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit.

108. J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal* (2.ª ed.), cit. páginas 214 a 219.

109. Fundamento legal de esta afirmación lo constituyen los arts. 259, 270, 303, 308, 318 y 638, III LECrim. Constitucionalmente habría que fundamentarlo, no sin dificultades, en los arts. 24.1, 25.1 y 124 de nuestra norma suprema.

Aparecen así los dos principios básicos: El de necesidad, propio del proceso penal, y el de oportunidad, típico del proceso civil. Y ambos tienden a proteger lo que es característico de la esencia del derecho material al que están vinculados: El derecho de libertad sobre el que gira el proceso penal, y, como ha destacado el prof. Almagro,¹¹⁰ el derecho de propiedad, sobre el que gira nuestro proceso civil.

Si sobre la primera afirmación no hay duda alguna, tampoco deben existir reticencias en cuanto a la segunda tras la entrada en vigor de la norma fundamental, pues sus arts. 33.1 y 38, entre otros, reconocen el derecho a la propiedad privada, y éste es uno de los fundamentos del principio de oportunidad en el proceso civil, sin que pueda desvirtuar su esencia el hecho de que la propiedad sea hoy un derecho no absoluto por la función social que se le atribuye constitucionalmente.¹¹¹

Los principios de necesidad y oportunidad son a su vez las reglas básicas de otros principios que de ellos se derivan. En este sentido, tal y como he afirmado antes, la voluntad de las personas es determinante en materia civil. En consecuencia, el principio de oportunidad extenderá sus efectos al objeto del proceso, a su iniciación, aportación de material fáctico, prueba, etc., apareciendo los principios dispositivo, de iniciación de parte, aportación de parte, prueba legal y verdad formal.¹¹² Pero también existen en el proceso civil pretensiones en las que el interés público es su fundamento, como, por ejemplo, las relativas a cuestiones matrimoniales, paternidad y filiación o incapacitación, que, por afectar directamente al orden público que la Sociedad entiende que debe protegerse en un determinado momento histórico, se ven sometidas a principios opuestos a aquéllos que rigen cuando la Sociedad entiende que es mera *quaestio inter partes*.¹¹³

Igual sucede en materia penal. El principio de necesidad deja poca alternativa a la voluntad de las partes, de ahí que los problemas de iniciación del proceso, objeto, investigación y prueba, les queden ve-

110. Véase J. ALMAGRO NOSETE, *Garantías constitucionales del proceso civil*, en *Consideraciones...*, cit., p. 248.

111. Véase sobre estos temas, MONTERO AROCA/ORTIELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, t. I, cit., pp. 396 y 397.

112. Un tratamiento general de estos principios puede verse en todos los manuales. Véase, por todos, MONTERO AROCA/ORTIELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, t. I, cit., pp. 396 y ss.

113. Basta la consulta de las Disposiciones Adicionales 5.ª y 8.ª de la Ley 30/1987 de 7 de julio (Ley del Divorcio), para comprender inmediatamente las afirmaciones del texto.

dados a su iniciativa, apareciendo los principios de incoación de oficio, investigación oficial, objeto inmutable, prueba libre y verdad material,¹¹⁴ sin que se den tampoco en ocasiones con todo su rigor, ya que por razones de política legislativa se ha preferido en muy concretos casos que rija el principio de oportunidad, en aquéllos en los que el delito hiera la libertad familiar, sexual o moral.¹¹⁵

B) El formalismo procesal, correctamente entendido, significa el establecimiento de unos principios procedimentales que, al mismo tiempo que supongan garantía para las partes, aseguren lo más perfectamente posible la actuación justa, barata y rápida de la Jurisdicción.

La disyuntiva sigue entablándose entre los principios de oralidad y escritura. Ciertamente, el procedimiento no puede ser enteramente oral, pues determinadas concesiones al principio de escritura son insoslayables,¹¹⁶ pero sí en su mayor parte.

Si ello es así, el ideal a que se aspira es, pues, el principio de oralidad,¹¹⁷ y en este marco debe interpretarse el art. 120.2 de la Constitución cuando dispone que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal», y no es menos clara la inconstitucionalidad de las normativas procedimentales aparecidas después,¹¹⁸ que siguen contribuyendo a que el principio de escritura sea cada vez más infranqueable.

114. El comentario de la nota 112 puede repetirse aquí. Véase también, por todos, MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, t. I, cit., páginas cit. en nota 112.

115. Véanse fundamentalmente los arts. 443, 467 y 487 del Código Penal.

116. Nos referimos, por ejemplo, en el proceso civil al acto de demanda; o en el penal, al acto de querrela.

117. El prof. FAIRÉN ha contribuido decisivamente al entendimiento de este principio. Véanse sus obras: *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Ed. A. G. Soler, Valencia, 1975, especialmente las pp. 375 a 392; y *Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil, RDPI*, 1981, Nr. 4, pp. 547 y ss.

118. Como los de los procesos matrimoniales (Ley 30/1981, de 7 de julio, Disposiciones Adicionales fundamentalmente); paternidad y filiación (Ley 13/1983, de 24 de octubre); arrendamientos rústicos (Ley 83/1980, de 31 de diciembre); rectificación (Ley 2/1984, de 26 de marzo); e incluso el propio proceso constitucional (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979).

5. CONCEPTO DEL DERECHO JURISDICCIONAL

Tras las anteriores reflexiones, creo que se está ya en condiciones de dar el concepto personal del Derecho Jurisdiccional.

Se ha dicho que el concepto más importante, el punto de partida, es el de Jurisdicción. Para hallarlo se ha analizado el concepto político «Poder Judicial», explicando el profundo cambio que la Constitución ha operado respecto a la anterior situación de Administración de Justicia. A continuación de analizar el concepto de poder se ha estudiado lo que se le atribuye, es decir, la potestad, para después identificarla a través del órgano y de la función. Jurisdicción es, pues, la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por órganos jurisdiccionales independientes, por la que se realiza el Derecho en el caso concreto, juzgando irrevocablemente y haciendo ejecutar lo juzgado.

Seguidamente se ha estudiado el segundo gran concepto que forma nuestra Disciplina, el derecho de acción, pretendiendo demostrar la corrección de las dos teorías, abstracta y concreta, que respecto al mismo se han formulado, por contemplar problemas distintos, deteniéndome especialmente en las consecuencias de su constitucionalización, bajo la obligación constitucional máxima de evitar indefensiones. Así, el derecho de acción es tanto el derecho a la Jurisdicción cuanto el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia concreta de fondo.

Por último, se ha fundamentado el concepto instrumental de proceso, en tanto es éste medio necesario para que los órganos jurisdiccionales realicen su función, explicando los principios a que queda sometida la actividad de la Jurisdicción.

El concepto de Jurisdicción es, por tanto, el primer fundamento de la Ciencia Jurisdiccional; de ahí que a él le haya dedicado la mayor atención. Por ello, tanto ésta como el sector del Ordenamiento que constituye su objeto resultan mejor calificados con la denominación de «Derecho Jurisdiccional».

El Derecho Jurisdiccional puede definirse, pues, y con ello concluyo mi modesto homenaje al prof. Fairén, como aquel que regula la Jurisdicción y su actividad, esto es, el proceso, incluyendo naturalmente el derecho de acción.

EL DERECHO DEL DETENIDO A LA ASISTENCIA LETRADA *

JOSÉ SOLDADO GUTIÉRREZ
Doctor en Derecho
Abogado

SUMARIO:

1. Ubicación legislativa del derecho a la asistencia letrada: 1.1. Ubicación constitucional; 1.2. Concreción legislativa del derecho a la asistencia letrada: 1.2.1. Tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento; 1.2.2. Ley de enjuiciamiento criminal: La concreción del derecho. — 2. Perspectiva jurisprudencial constitucional del derecho a la asistencia letrada: 2.1. Al ser el derecho a la asistencia letrada un derecho fundamental, las normas relativas al mismo han de interpretarse conforme a los pactos internacionales suscritos por España; 2.2. El derecho a la asistencia letrada tiene dos perspectivas en nuestra constitución: como garantía del derecho a la libertad (respecto del detenido: art. 17, 3, CE) y como garantía del proceso y el derecho a la tutela efectiva (respecto del acusado: 24, 2, CE). En cambio, en los tratados internacionales sólo se predica como garantía del derecho al proceso debido; 2.3. En el marco del artículo 24 CE el derecho a la asistencia letrada aparece como «derecho puro» del imputado y como requisito procesal; 2.4. Contenido esencial del derecho a la asistencia letrada: 2.4.1. En general: contenido esencial de los derechos; 2.4.2. En particular: el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada: 2.4.2.1. En el marco del art. 17, 3, CE: 2.4.2.1.1. El derecho a la asistencia letrada se satisface con la asistencia técnica y apoyo moral de cualquier abogado; 2.4.2.1.2. El derecho a la asistencia letrada es una garantía para evitar la indefensión; 2.4.2.2. En el marco del art. 24, 2, CE; 2.4.2.2.1. Es consustancial a la idea de derecho a la asistencia letrada la posibilidad de elegir libremente Abogado; 2.5. La situación de los sujetos titulares del derecho a la asistencia letrada determina el precep-

* Comunicación presentada en el V Congreso Nacional de la Abogacía Española celebrado en Palma de Mallorca los días 27 de abril al 1 de mayo de 1989. Esta comunicación fue asumida como propia por el Colegio de Abogados de Málaga por decisión de la Junta de Gobierno celebrada el día 17 de noviembre de 1988.

to de aplicación: 2.5.1. Atendiendo al art. 17, 3, CE sólo tiene derecho a la asistencia letrada el detenido; 2.5.2. En el marco del art. 24, 2, CE el titular del derecho a la asistencia letrada es el acusado; 2.6. El derecho a la asistencia letrada establecido en el art. 24, 2, de la CE es consustancial a la idea de Estado de Derecho y, especialmente, al Estado social y de Derecho: los poderes públicos deben velar por la efectividad de tal derecho; 2.7. Determinadas restricciones al derecho a la asistencia letrada no son inconstitucionales: 2.7.1. Concepto: La inconstitucionalidad exige la vulneración del contenido esencial del derecho; 2.7.2. El derecho a la asistencia letrada puede ser restringido por el legislador, en su contenido normal, cuando entre en conflicto con otros principios constitucionales: 2.7.2.1. En el marco del art. 17, 3, CE: 2.7.2.1.1. La reserva específica del art. 17, 3, CE autoriza al legislador a conciliar los conflictos entre principios constitucionales y el derecho a la asistencia letrada; 2.7.2.1.2. Aunque en el ámbito protector del derecho a la asistencia letrada se integra la libre designación de abogado es posible que el legislador ordinario la excluya en determinados supuestos. No es inconstitucional la restricción contenida en el art. 527, a), LECrim. (STC 11 de diciembre de 1987); 2.7.2.2. En el marco del art. 24, 2, CE: 2.7.2.2.1. El mandato del art. 113 de la LECrim. a litigar juntos debe ser interpretado de acuerdo con los principios constitucionales, de superior rango a los procesales para evitar una restricción del derecho de defensa; 2.7.3. No cabe entrar en amparo cuando las declaraciones hechas sin asistencia letrada no sirvieron de base a la sentencia. — 3. Otra concepción del derecho a la asistencia letrada: Límites temporales y contenido esencial del derecho: 3.1. El derecho a la asistencia letrada como presupuesto del derecho a la defensa; 3.3. El contenido fundamental autónomo y como presupuesto del derecho a la defensa: 3.2.1. El derecho a la asistencia letrada como derecho fundamental; 3.2.2. El derecho a la asistencia letrada como presupuesto del derecho a la defensa; 3.3. El contenido esencial del derecho a la asistencia letrada: 3.3.1. El derecho a la asistencia letrada faculta para solicitar consejo en cualquier momento de la detención; 3.3.2. El derecho a la asistencia letrada conlleva la facultad de conocer las diligencias realizadas y a intervenir en las mismas, mediante el Abogado; 3.3.3. La libre elección de abogado es facultad que dimana del derecho a la asistencia letrada, constituyendo contenido esencial del mismo; 3.3.4. La irrenunciabilidad del derecho es contenido esencial del derecho a la asistencia letrada. — 4. La LECrim. contiene una concreción inconstitucional del derecho a la asistencia letrada: 4.1. La pasividad obligatoria del Abogado supone una restricción del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada; 4.2. La imposibilidad legal de comunicación con el Letrado desde el momento de la detención limitándose a la declaración posterior supone una restricción del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada; 4.3. La imposibilidad de elegir letrado quien ha sido comunicado es una restricción al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada; 4.4. La imposibilidad de comunicación del comunicado con el Letrado es una restricción al derecho a la asistencia letrada; 4.5. La renunciabilidad del derecho, cuando se den determinadas circunstancias, es una restricción al derecho a la asistencia letrada; 4.6. El art. 17, 3, CE en su inciso último no autoriza al legislador a restringir el derecho fundamental a la asistencia letrada, sino a regularlo. — 5. La satisfacción del derecho exige el respeto a los derechos fundamentales. — 6. Conclusiones.

1. UBICACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

1.1. Ubicación constitucional

La Constitución española menciona en tres ocasiones el derecho a la asistencia letrada: en primer lugar, siguiendo el orden sistemático, en el art. 17, 3; en segundo lugar, en el art. 24, 2, y en tercer lugar, por remisión en el art. 55.

El art. 17, 3 se refiere a que «toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca».

El art. 55 contiene una limitación de estos derechos, por suspensión temporal de los mismos, cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la constitución. «Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del art. 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.»

El art. 24, 2 señala que «todos tienen derecho al Juez ordinario, predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Puede verse, pues, que el derecho a la asistencia letrada se menciona en las tres ocasiones en el título primero («De los derechos y deberes fundamentales»), dos de ellas en la sección primera del capítulo segundo («de los derechos fundamentales y de las libertades públicas») y una en el capítulo quinto («De la suspensión de los derechos y libertades públicas»), precisamente para excluirla de la norma restrictiva en los casos de estado de excepción.

1.2. Concreción legislativa del derecho a la asistencia letrada

1.2.1. Tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento

El derecho a la asistencia letrada se contiene en el art. 6 núm. 3 letra c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y

de las Libertades Fundamentales y en el art. 14 núm. 3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, ambos parte del ordenamiento interno español según el art. 96, 1 CE,¹ de idéntico contenido es este punto al art. 1 núm. 5 del c. civ. tras la reforma de 1974.

En el primero de los artículos citados se señala que «3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: c) *derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección* y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan».

El segundo se refiere a que «3. Durante el proceso, toda persona acusada por un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a *defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección*; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo».

1.2.2. *Ley de enjuiciamiento criminal: La concreción del derecho*

El art. 118 se refiere en sus párrafos primero y segundo al derecho a la defensa, su ejercicio y a los hechos constitutivos de su nacimiento. El párrafo tercero establece el derecho de postulación, reconoce el derecho a nombrar el Letrado y Procurador elegidos, a preferirlos de oficio, o a que se produzca esta designación cuando el inculpado carezca de aptitud legal para designar. El párrafo cuarto establece la obligatoriedad de que el Estado requiera al inculpado para que designe procurador o Letrado y, caso de no hacerlo, que se le nombren de oficio «cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

El art. 520 de la LECrim., en su número 2, establece el deber de los funcionarios de las Fuerzas de orden público y seguridad del Estado de informar al detenido de su «derecho a designar abogado

1. El primero firmado por nuestro Estado el 24 de noviembre de 1977 y ratificado en el año 1979; el segundo ratificado por España por instrumento de fecha de 13 de abril de 1977.

Sobre los tratados como fuente del derecho cf. DE OTTO, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 122 y ss. y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, 4.ª ed., Madrid, 1987, t. I, pp. 167 y ss.

y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto». También en este artículo se contiene la obligación de realizar el trámite administrativo conducente a que se comunique con el abogado elegido (núm. 4) y a que se le designe abogado de oficio, caso de que no lo haya designado (núm. 2) o de que el designado no acepte (núm. 4). Así mismo se contiene la obligación de los funcionarios de policía de abstenerse de aconsejar nombre de Letrado al detenido (núm. 4). En este artículo se contemplan dos supuestos en los que el inculpado puede renunciar a la asistencia letrada: a) Cuando el abogado que eligió o el de oficio no comparezca en el plazo de ocho horas desde que la fuerza actuante hizo la comunicación al Colegio de Abogados² y b) Que la detención traiga su causa en hechos susceptibles de ser tipificados, «exclusivamente», como delitos contra la seguridad del tráfico.

De especial importancia es el núm. 6 de este artículo en tanto que concreta, con carácter general, el derecho a la asistencia letrada reconocido en la constitución, señalando que ésta consiste en: «a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el núm. 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f. b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica, y c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.»

El art. 527 LECrim. continúa la concreción del derecho de asistencia en cuanto que establece que el detenido o preso, «mientras se halle incomunicado», no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el art. 520, con las siguientes modificaciones: a) En todo caso el abogado será designado de oficio; b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2, y c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su abogado prevista en el apartado c) del núm. 6.

2. Así entendemos la expresión «si lo consintiere» que se contiene en el p. II del núm. 4 del art. 520 LECrim. refiriéndose al detenido; la diligencia sólo podrá realizarse sin abogado si así lo consiente aquél. El consentimiento implica una renuncia a la asistencia letrada.

2. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

2.1. *Al ser el derecho a la asistencia letrada un derecho fundamental, las normas relativas al mismo han de interpretarse conforme a los pactos internacionales suscritos por España*

El Tribunal Constitucional ha declarado que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10, 2 CE). Por tanto, la normativa constitucional comprensiva del derecho a la asistencia letrada hay que interpretarla de acuerdo a lo dispuesto en tales convenios (STC 24 de julio de 1981; 5 de julio de 1982).

2.2. *El derecho a la asistencia letrada tiene dos perspectivas en nuestra constitución: como garantía del derecho a la libertad (respecto del detenido: art. 17, 3 CE) y como garantía del proceso y el derecho a la tutela efectiva (respecto del acusado: 24, 2 CE). En cambio, en los tratados internacionales sólo se predica como garantía del derecho al proceso debido*

El derecho de asistencia letrada se contempla en la Constitución desde dos perspectivas: en el art. 17, 3 como garantía del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo (perspectiva del detenido) y en el art. 24, 2, dentro del marco del derecho a la tutela judicial efectiva (perspectiva del acusado) y al proceso debido (STC 11 de diciembre de 1987). Esta doble perspectiva está en sintonía con los tratados internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque la CE es más explícita en materia de asistencia al detenido. Así el art. 5 del Convenio Europeo, relativo al derecho a la libertad, no recoge el derecho a la asistencia letrada, y el art. 6 que se refiere al derecho al proceso debido sí recoge entre los derechos concretos el de asistencia letrada. Otro tanto ocurre con los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de 1966. El límite de la vigencia del art. 17, 3 o 24, 2 CE hay que encontrarlo en los conceptos de detenido y acusado, cuya frontera es de muy difícil hallazgo (STC 11 de diciembre de 1987).

El Derecho a la asistencia letrada se extiende también, no sólo al marco penal, sino al ámbito disciplinario, por lo que el preso que sufre sanciones administrativas en el centro de detención goza de este derecho.³

2.3. *En el marco del art. 24 CE el derecho a la asistencia letrada aparece como «derecho puro» del imputado y como requisito procesal*

«La asistencia de letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras además (unida ya con la representación del Procurador) un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el acusado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo al nombramiento de Abogado y Procurador de Oficio. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso» (STC 5 de julio de 1982).

2.4. *Contenido esencial del derecho a la asistencia letrada*

2.4.1. *En general: contenido esencial de los derechos*

El contenido esencial del derecho «viene marcado en cada caso por el conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» y, desde otra perspectiva metodológica, no incompatible con la anterior, «como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta

3. STC de 21 de enero de 1987. Vid. sobre esta última GARRIDO GUZMÁN, *Tutela judicial efectiva y asesoramiento de letrado de los reclusos en instituciones penitenciarias*, en *Rev. del Poder Judicial*, núm. 7, pp. 113 y ss.

y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». STC 11 de diciembre de 1987 que remite a la doctrina de la de 8 de abril de 1981 y 26 de marzo de 1987.

2.4.2. En particular: el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada

Para el Tribunal Constitucional no es correcto determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada relacionando el art. 17, 3 con el 24, 2 CE: El derecho a la asistencia letrada se reconoce en nuestra Constitución «tanto al “detenido”, como al “acusado”, pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada que impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos» (STC 11 de diciembre de 1987)

2.4.2.1. En el marco del art. 17, 3 CE

2.4.2.1.1. El derecho a la asistencia letrada se satisface con la asistencia técnica y apoyo moral de cualquier abogado

«La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación de abogado sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la CE es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su ayuda moral y ayuda profesional en el momento de su detención, y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de abogado de oficio», STC 11 de diciembre de 1987 Pleno.

En la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su letrado y, cuando incluso alcanza especial relieve esa confianza en el ámbito penal, no ocurre así con la detención y primeras diligencias policiales, STC 11 de diciembre de 1987 Pleno.

2.4.2.1.2. El derecho a la asistencia letrada es una garantía para evitar la indefensión

El art. 17, 3 CE se refiere al detenido. Las garantías del precepto —información, obligación de no declarar y asistencia— se encaminan a procurar que la detención no produzca indefensión (STC 7 de octubre de 1985).

2.4.2.2. En el marco del art. 24, 2 CE

2.4.2.2.1. Es consustancial a la idea de derecho a la asistencia letrada la posibilidad de elegir libremente abogado

El derecho a la asistencia «comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación», STC 24 de julio de 1981.

2.5. La situación de los sujetos titulares del derecho a la asistencia letrada determina el precepto de aplicación

2.5.1. Atendiendo al art. 17, 3 CE sólo tiene derecho a la asistencia letrada el detenido

Las garantías del 17, 3 CE se dan al detenido y no a «quienquiera que se halle sometido a las normas de policía y tráfico» (STC 7 de octubre de 1985).

2.5.2. En el marco del art. 24, 2 CE el titular del derecho a la asistencia letrada es el acusado

Así lo establece la sentencia del TC de 11 de diciembre de 1987, según dicha sentencia de conformidad con la doctrina del TEDH contenida, entre otras, en las SS de 27 de junio de 1966 (caso Neumeister), 27 de febrero de 1980 (caso Deweer), 13 de mayo de 1980 (caso Artico) y 26 de marzo de 1982 (caso Adolf).

- 2.6. *El derecho a la asistencia letrada establecido en el art. 24, 2 de la CE es consustancial a la idea de Estado de Derecho y, especialmente al Estado social y de derecho: los poderes públicos deben velar por la efectividad de tal derecho*

El derecho a la asistencia de letrado que recoge el art. 24, 2 CE está íntimamente ligado a la idea de proceso. De suma importancia para el Estado de derecho, hasta el punto que la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el Tribunal (art. 118 y 860 lec). Esta es la concepción tradicional. Pero «esta concepción tradicional del Estado de Derecho no agota la noción de Estado Social de Derecho que incorpora nuestra Constitución, es evidente, que las normas existentes sobre asistencia letrada han de ser reinterpretadas de conformidad con esta última, y completadas. La idea del Estado Social de Derecho (art. 1.1, CE) y el mandato genérico del art. 9,2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias que desgraciadamente han quedado muy de relieve en el presente caso» (STC 5 de julio de 1982).⁴

- 2.7. *Determinadas restricciones al derecho a la asistencia letrada no son inconstitucionales*

2.7.1. *Concepto: La inconstitucionalidad exige la vulneración del contenido esencial del derecho*

2.7.2. *El derecho a la asistencia letrada puede ser restringido por el legislador, en su contenido normal, cuando entre en conflicto con otros principios constitucionales*

4. El demandante de amparo recurrió una sentencia del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social de Zaragoza que le condenaba a pena de privación de libertad y prohibición de residir en Zaragoza y su Provincia. Internado en Prisión recurrió por sí mismo la sentencia, al carecer de la posibilidad de ponerse en contacto con su abogado de oficio, cuyo domicilio ignoraba y con quien jamás se había entrevistado. Mediante auto de 5 de octubre de 1981 el Juzgado deniega la admisión del recurso en cuanto que el condenado carecía de *ius portulandi*. El Tribunal Constitucional anula el auto por vulnerar el derecho a la defensa y tutela judicial y el derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho que, interpretado a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige otorgar a la persona condenada a la posibilidad de someter el fallo condenatorio y la pena impuesta a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley.

- 2.7.2.1. *En el marco del art. 17, 3 CE*

2.7.2.1.1. *La reserva específica del art. 17, 3 CE autoriza al legislador a conciliar los conflictos entre principios constitucionales y el derecho a la asistencia letrada*

El legislador, caso de conflicto, puede hacer tal limitación ya que el art. 17, 3 CE contiene una reserva específica que autoriza al legislador a conciliar el conflicto impidiendo la modalidad de libre elección de abogado y ello porque en el supuesto de las primeras diligencias policiales la confianza necesaria en el Letrado pasa a un segundo término ya que la intervención de éste «responde a la finalidad de asegurar, con su presencia, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico, STC 11 de diciembre de 1987.

Hay inconstitucionalidad cuando «se rebasa o desconoce el contenido esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección», STC 11 de abril de 1981, 26 de marzo de 1987 y 11 de diciembre de 1987.

2.7.2.1.2. *Aunque en el ámbito protector del derecho a la asistencia letrada se integra la libre designación de abogado es posible que el legislador ordinario la excluya en determinados supuestos. No es inconstitucional la restricción contenida en el art. 527 a) LECrim. (STC 11 de diciembre de 1987)*

A. La norma que contiene la imposibilidad de elegir abogado en los casos de incomunicación no es inconstitucional porque el art. 17, 3 CE «habilita al legislador para establecer los términos del derecho a la asistencia letrada» al detenido «sin imponerle formas concretas de designación» y el legislador respeta el contenido esencial del derecho.

A.a. Las circunstancias especiales de la detención hacen pensar que la confianza en el letrado, en estos casos, no tiene «la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho». «La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado, sino en

la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la CE es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de la detención.» Esta finalidad se cumple con el abogado de oficio. «La libre elección de abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de abogado de oficio no hace irrecognoscible o impracticable el derecho, ni lo despoja de la necesaria protección.»

A.b. Una vez terminada la incomunicación el detenido puede elegir libremente abogado.

A.c. Las declaraciones ante la policía «son instrumentos de la investigación que carecen de valor probatorio».

B. El impedimento legal a la libre elección de abogado por el detenido «constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren, no sólo que se respete su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen».

C. La imposibilidad de elegir abogado en los casos de incomunicación no es inconstitucional porque aunque es una restricción al derecho a la asistencia letrada (en su contenido normal), sin sobrepasar su contenido esencial, es razonable y proporcionada atendiendo al fin para el que se establece.

C.a. «La CE no impide al Estado proteger determinados bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional.» «Los conflictos de interés constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la CE, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores.» Dentro de esta tesis, el legislador puede «imponer limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial».

C.b. La paz social y la seguridad ciudadana son bienes jurídicos reconocidos en el art. 10.1 y 104.1 CE y que, por consiguiente, deben satisfacerse.

C.c. Hay delitos en los que puede resultar imprescindible que las

diligencias policiales o judiciales sean practicadas con el mayor secreto a fin de evitar que personas ajenas a la investigación propicien que se sustraigan a la acción de la justicia los implicados en el delito. En estos casos el legislador considera que es necesaria la imposición de abogado de oficio para reforzar el secreto de las actuaciones. Esto es una limitación que se contiene en el art. 527 a LECrim. y que se justificaba en la protección de la paz social y seguridad ciudadana.

C.d. Existe, pues, un conflicto de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que se resuelve en el art. 527 a) LECrim. en favor de una limitación del derecho a la asistencia letrada.

C.e. «No puede calificarse la medida restrictiva de irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho a la asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con los valores constitucionales citados, pues la limitación que se le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes.»

2.7.2.2. En el marco del art. 24, 2 CE

2.7.2.2.1. *El mandato del art. 113 de la LECrim. a litigar juntos debe ser interpretado de acuerdo con los principios constitucionales, de superior rango a los procesales para evitar una restricción del derecho de defensa*

El art. 113 LECrim. que tiene por finalidad evitar la dilatación, puede afectar al derecho a la defensa y asistencia de letrado, constitucionalizado en el art. 24, 2. Para su interpretación hay que tener en cuenta la conciliación de dos principios constitucionales: el derecho a la defensa y asistencia de letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, STC 24 de julio de 1981.

2.7.3. *No cabe entrar en amparo cuando las declaraciones hechas sin asistencia letrada no sirvieron de base a la sentencia*

Los inculcados no fueron asistidos de letrado hasta el juicio. En esta fase estuvieron en todo momento asistidos. «Por otra parte, las declaraciones de los propios procesados en el atestado policial y en el sumario no fueron relevantes para apreciar la culpabilidad de los mismos, por lo que no cabe aducir el carácter retroactivo de los derechos

fundamentales constitucionalizados para solicitar la anulación de las sentencias impugnadas.» STC. 7 de mayo de 1984, Sala 1.ª Tb, STC 21 de abril de 1986 y 10 de diciembre de 1986.

3. OTRA CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA: LÍMITES TEMPORALES Y CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO

3.1. El derecho a la asistencia letrada nace con la detención

Nuestra Constitución contempla el derecho a la asistencia letrada en dos situaciones distintas del justiciable: a) Cuando sólo está detenido (y como tal colabora en diligencias policiales o judiciales) y b) Cuando se halla en un proceso como parte. La primera se predica sólo de aquellas personas que son privadas de su libertad por el tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, por plazo máximo de setenta y dos horas como establece el art. 17, núm. 2 CE. La segunda abarca un espectro mucho más amplio puesto que se refiere tanto al proceso penal como al civil, al inculcado como al acusador particular o al privado, al actor civil o al responsable civil subsidiario, al demandante o al demandado, etc.

Nos interesa en esta sede sólo el derecho a la asistencia letrada de quien se encuentra detenido. La primera conclusión que puede obtenerse es que el art. 17, 3 C1 sólo se refiere al proceso penal y, en éste ámbito, a los primeros momentos del mismo, o a sus preliminares.⁵

Como hemos tenido ocasión de reflejar, nuestra constitución señala: «Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.»

A nuestro juicio el precepto no debe interpretarse en el sentido de que el derecho de asistencia nace por el hecho de que haya de practicarse una diligencia policial o judicial en la que intervenga el afectado, pues tal interpretación sería, desde luego, restrictiva.

El derecho a pedir (y, en todo caso a tener) letrado y ser asistido por el mismo nace desde el momento de la detención ya que ésta, en sí misma, hace surgir en el detenido la necesidad de apoyo moral y técnico, el derecho a la defensa, el derecho a la tutela efectiva de su

5. Las que componen el atestado son actuaciones preprocesales. Cf. FENBCH. *El proceso penal*, Madrid, 1982, p. 208.

interés y el derecho a garantizarse frente a la indefensión.⁶ En este sentido ha de interpretarse, a nuestro juicio, desde una perspectiva constitucional el art. 118 LECrim: la detención conlleva una imputación del hecho en relación al cual se detiene, pues de lo contrario sería antijurídica.

3.2. La asistencia letrada como derecho fundamental autónomo y como presupuesto del derecho a la defensa

3.2.1. El derecho a la asistencia letrada como derecho fundamental

El derecho a la asistencia letrada se contempla en nuestra Constitución, en sí mismo, como un derecho autónomo, independiente, tanto en el art. 17, 3 como en el 24, 2. El primero de ellos establece la asistencia letrada para los supuestos de detención, el segundo lo declara como un derecho de los justiciables, junto al derecho a la defensa.

Así pues, el art. 24, 2 CE se refiere a dos derechos fundamentales íntimamente ligados, convergentes, pero diversos: el derecho a la defensa y el derecho a la asistencia letrada.

Básicamente el derecho a la defensa supone conocer la imputación, la posibilidad de hacer valer los propios argumentos, la posibilidad de intervenir en las diligencias y proponerlas para conseguir un resultado en la investigación que evite la acusación, la posibilidad de probarlos y la posibilidad de mostrarse disconforme con la resolución jurisdiccional.⁷

Por su parte, el derecho a la asistencia letrada exige esencialmente la facultad de disponer del auxilio técnico de un abogado y que ese abogado, elegido libremente, colabore con el justiciable en el ejercicio de su derecho de defensa.⁸

6. La Fiscalía General del Estado ha sostenido en la resolución de la Consulta núm. 4/85 que el derecho a la asistencia letrada nace con la detención. Sin embargo sostiene la citada resolución que el derecho a entrevistarse con el Letrado interviniendo en la diligencia requiere previamente la realización de ésta, con o sin resultado.

Para MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, p. 49, el derecho a la defensa nace desde que se produce una imputación judicial o extrajudicial (detención).

7. En definitiva, la defensa se encamina a una «propuesta de decisión» (CARNELUTTI, *Lecciones de Derecho procesal penal*. Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1950, p. 233) que se constituye en antítesis de la tesis acusadora y, finalmente coadyuva a la formación del juicio (síntesis).

8. Los límites que la defensa técnica debe tener frente a la autodefensa en el

Como se ve, según este trazado, el derecho a la asistencia letrada está íntimamente ligado al de defensa. Sin embargo, no deja de tener cierta autonomía e independencia de éste, principalmente, porque no siempre que se ejercita el derecho de defensa es necesaria, para su plena satisfacción, la asistencia letrada.

En el proceso penal y en los supuestos de detención el derecho a la asistencia letrada y el derecho de defensa van íntimamente ligados para evitar la indefensión y garantizar la tutela efectiva.

3.2.2. *El derecho a la asistencia letrada como presupuesto del derecho a la defensa*

A nuestro juicio la distinción que el TC hace del derecho a la asistencia letrada según sea la contenida en el art. 17, 3 CE o la del 24, 2 CE no es doctrinalmente aceptable.⁹

Es cierto que la Constitución alude al derecho a la asistencia letrada en dos ocasiones y que estas se hacen en contextos distintos: en una de ellas cuando regula el derecho a la libertad, en otra, cuando regula el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Sin duda, desde la perspectiva del art. 24, 2 CE el derecho a la asistencia letrada se introduce en un campo mucho más variopinto: se extiende a los procesos sustanciados en todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, laboral, etc.), mientras que desde la perspectiva del art. 17, 3 CE el derecho a la asistencia letrada se contempla sólo para el proceso penal (diligencias judiciales) e, incluso, desde una simple actuación administrativa de las fuerzas de seguridad (diligencias policiales), en relación a la investigación de hechos criminales.

Ahora bien, esta doble mención autoriza a pensar en dos derechos de contenido diverso? A mi juicio no: es el mismo derecho contemplado en situación jurídica diferente. Esta perspectiva, distinta, no hace distinto el derecho, ya que no hay razón alguna que autorice a considerarlo así.

La razón de la asistencia letrada y la razón de que ésta sea obligatoria hay que buscarla en la complejidad del proceso, en la espe-

proceso penal y la necesidad de la búsqueda del equilibrio entre ambas han sido puestos de manifiesto por SERRA DOMÍNGUEZ, en *El imputado* en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pp. 695 y ss.

9. Cf., STC de 11 de diciembre de 1987. Consideran acertada la distinción de la sentencia los votos particulares de BEGUÉ CANTÓN, LATORRE SEGURA y LEGUINA VILLA.

cialidad del derecho y en el principio de igualdad.¹⁰ En definitiva, la asistencia letrada se incorpora —en determinados procesos— como un presupuesto del derecho a la defensa y se encamina al cumplimiento del derecho constitucional a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos y, por el otro lado de la moneda, a evitar la indefensión.

Por consiguiente, el derecho a la asistencia letrada se encamina a hacer efectivo el derecho a la defensa, a hacer posible el derecho a la tutela efectiva por los tribunales y a evitar la indefensión.

Sin duda la detención afecta, principalmente, al derecho a la libertad, pero no sólo a este derecho. También afecta a la seguridad (17, 1 CE). De otro lado, la situación del detenido es especialmente delicada por cuanto se encuentra «relacionado» con unos determinados hechos que pueden ser constitutivos de delito,¹¹ ya que de lo contrario la detención sería antijurídica. Esta relación con hechos delictivos es, sin duda, la causa última de la posibilidad de privación de la libertad mediante detención.

Por tanto, al existir una relación con hechos constitutivos de delito es evidente que el detenido sufre una cierta imputación. *Es cierto que tal imputación no lo convierte en «acusado» en sentido procesal, pero no es menos cierto que, de un lado, se le retiene para averiguar su relación con tal hecho y, de otro lado, existe la posibilidad de que —posteriormente— se convierta en acusado en sentido estricto.*

Efectivamente, como señala el TC, la línea divisoria entre la situación de detenido y la de acusado es difícil de hallar. Sin embargo, entiendo que a los efectos del derecho de asistencia letrada es innecesaria la búsqueda (por esteril), porque la «situación» de quien está relacionado con un asunto de naturaleza penal —en cualquiera de sus fases, incluso preprocesales— hace nacer el derecho a la asistencia letrada. No es otra la voluntad de nuestra Constitución que, con este planteamiento, realiza un importante avance en el alcance del derecho a la asistencia letrada reconocido en los tratados internacionales y las constituciones de nuestro entorno.¹²

10. La doctrina, generalmente, acentúa como razón de la asistencia letrada la complejidad del proceso, aunque también se señala la disminución anímica del inculcado ante el aparato judicial, la falta de serenidad de éste para afrontar una defensa, su falta de conocimientos técnicos, etc. Cf. CARNELUTTI, *Lecciones*, ob. cit., t. I, pp. 235 y ss.; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1945, t. I, p. 360; MORENO CATENA, *La defensa*, ob. cit., p. 40.

11. Cf. diferentes situaciones en FENECH, *El proceso*, ob. cit. p. 146.

12. Cf. el voto particular a la STC de 11 de diciembre de 1987 de DE LA VEGA

Por consiguiente, el derecho a la asistencia letrada no se ve disminuido por el hecho de que quién lo tiene se halle en situación de detenido: La finalidad última del derecho a la asistencia letrada es procurar el derecho a la defensa y evitar la indefensión. En definitiva la asistencia letrada se constituye en un presupuesto del derecho a la defensa y en un instrumento para evitar la indefensión. Incluso en determinados procesos no es imprescindible la asistencia letrada, pero en los casos de detención sí. Esta exigencia constitucional avala la idea de que *la asistencia letrada no es un instrumento del derecho a la defensa, sino un presupuesto del mismo*. Es decir, en el art. 17, 3 CE se configura el derecho a la asistencia letrada como un presupuesto del derecho a la defensa.

3.3. El contenido esencial del derecho a la asistencia letrada

3.3.1. El derecho a la asistencia letrada faculta para solicitar consejo en cualquier momento de la detención.

La cuestión que se plantea es bien simple: ¿el derecho a la asistencia letrada sólo se tiene esporádicamente cada vez que se va a realizar una diligencia? o ¿el derecho a la asistencia letrada surge con la detención y se mantiene hasta la conclusión del proceso ininterrumpidamente?

La respuesta afirmativa a la primera pregunta nos conduce a entender el derecho a la asistencia letrada como un derecho que exigirá para su concreción dos hechos: la detención más la actuación concreta en una diligencia. Es decir, el derecho a la asistencia letrada es un derecho a ser «asistido» por un abogado en los actos procesales concretos (o preprocesales).

La respuesta afirmativa a la segunda pregunta nos conduce a la concepción, a nuestro juicio, correcta: el derecho a la asistencia letrada nace con la detención y se mantiene ininterrumpidamente, constantemente a lo largo de todo el proceso. Desde esta perspectiva, *nuestra constitución no hace sino adelantar el momento del nacimiento del derecho, pero sin que ello implique una disminución del mismo*. La conclusión es evidente: El detenido tiene derecho a ser asistido no sólo

BENAGAS, al que se adhiere DÍEZ PICAZO. Para el Derecho comparado puede verse el trabajo de PRIETO CASTRO, «La defensa», en *Temas del Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979, pp. 133 y ss.

cuando quiere la autoridad (porque ordene diligencias), sino cuando él quiera (porque pida consultas). O, lo que es lo mismo, la asistencia letrada implica la facultad (irrenunciable) de pedir consejo (asistencia) a un letrado, en cualquier momento. Dicho de otro modo, supone la facultad de preparar, desde la detención, la defensa.¹³

3.3.2. El derecho a la asistencia letrada conlleva la facultad de conocer las diligencias realizadas y a intervenir en las mismas, mediante el abogado

Es cierto que, de una parte, el atestado no tiene otro valor que el de una denuncia (art. 297 LECrim. y STC 17 de diciembre de 1985) y que, de otra, sólo las pruebas practicadas en juicio (es decir, las pruebas *sensu strictu*) pueden ser valoradas por el tribunal para obtener (y fundamentar) un fallo (art. 741 LECrim.). Pero también es cierto que tenemos la experiencia probada a lo largo de la vigencia de la LECrim. de que los tribunales hacen un estudio profuso del sumario y que éste influye en el ánimo que ha de determinar el fallo. No decimos que lo fundamente (que también ocurre) sino que, de un lado, los tribunales conocen el sumario a fondo y, de otro, que, estando compuestos por seres humanos, hay una influencia, siquiera sea anímica, de ese conocimiento adquirido con la lectura del sumario en la sentencia. La disfunción entre el deber ser de nuestra LECrim. y el ser de su aplicación ha hecho afirmar a algún autor que este cuerpo legal todavía no ha comenzado a aplicarse.¹⁴

Por tanto, si partimos de la realidad de la aplicación del derecho hay que concluir que todos los actos que realiza un sujeto relacionado con un hecho delictivo, en presencia policial o judicial, pueden perjudicarle o pueden beneficiarle (en este contexto hay que entender,

13. A nuestro juicio el derecho a la defensa nace desde el momento en que se inicia una investigación para relacionar a una persona con unos hechos delictivos y se extiende tanto a evitar la condena como a evitar la acusación misma. Cf. *infra*.

14. Afirmación feliz de FENECH. Este autor ha profetizado que la LECrim. «se derogará sin haber entrado en vigor». Cf. *Patología procesal y orgánica*. En *Estudios de Derecho Procesal* (en col. con CARRERAS), Barcelona, 1962, pp. 11 y ss. y su libro *El proceso*, ob. cit., p. 23. La introducción de los procesos sumarísimo de urgencia (preparatorias) y el establecido para delitos flagrantes suponen, sin duda, derogaciones parciales de la LECrim, y mucho nos tememos que finalmente se cumpla la profecía en toda su dimensión. Recientemente el TC ha declarado la recusabilidad de los jueves instructores en estos procesos. La STC reanuda el vigor —en este punto— de la LECrim.

también, el derecho a guardar silencio del art. 17, 3 CE). Del mismo modo que todos los actos que se realizan por otros sujetos o por la propia policía o autoridad judicial pueden perjudicar o beneficiar al sujeto relacionado con el hecho delictivo. La consecuencia es que el derecho a la defensa exige en estos casos la asistencia letrada exactamente por las mismas razones que la exige en el juicio verbal.

De otro lado, aun partiendo de la situación ideal contemplada en nuestra LECrim., o sea, que el tribunal va a dictar sentencia con arreglo únicamente a lo practicado en el juicio oral, e ignorando cualquier otra circunstancia concurrente en el sumario por muy convincente que sea, la asistencia letrada también se hace necesaria.

En efecto, el derecho a la defensa (con asistencia técnica) no sólo significa la posibilidad de defenderse en un juicio oral y público para salir absuelto. O sea, no sólo implica el derecho a defenderse contra una acusación. El derecho a la defensa supone también la facultad de defenderse contra la *preparación de una acusación*, es decir, *evitar la imputación del hecho delictivo*. Si existe el derecho a un proceso público también existe el derecho a evitarlo cuando no haya argumentos jurídicos suficientes para el mismo. Por consiguiente, el derecho a la defensa nace desde el momento en que se inicia una investigación para relacionar a una persona con unos hechos delictivos y se extiende tanto a evitar la condena como a evitar la acusación misma. Para ambas funciones es preciso la asistencia letrada y que el abogado intervenga en las diligencias, de cualquier naturaleza, que se realicen.¹⁵

3.3.3. *La libre elección de abogado es facultad que dimana del derecho a la asistencia letrada, constituyendo contenido esencial del mismo*

Nuestra Constitución no contiene este aspecto del derecho a la asistencia letrada: se limita a mencionar tal derecho.

Sin embargo, si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 10, 2 de la CE hemos de acudir a los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España. Como hemos señalado arriba, hay dos tratados internacionales que establecen este derecho y en ambos casos se concreta el derecho con la posibilidad de elegir libremente el abogado. Así el art. 6, núm. 3 letra c) del Convenio para la

15. Por caminos distintos llega a conclusión semejante MORENO CATENA, *La defensa*, ob. cit. p. 69 y ss.

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señala que «todo acusado» tiene derecho «a ser asistido por un defensor de su elección» y el art. 14 núm. 3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala igualmente que «durante el proceso, toda persona acusada por un delito» tiene derecho a «ser asistida por un defensor de su elección».

Por consiguiente, si ha de interpretarse la norma constitucional de conformidad con las señaladas arriba, habrá de concluirse que el derecho a la asistencia letrada implica, necesariamente, el derecho a elegir libremente abogado. Según la tesis que venimos manteniendo, esa facultad para la libre elección no se ve afectada porque la asistencia se produzca en fase preprocesal (marco del art. 17, 3 CE) o bien vigente el proceso (art. 24, 2 CE): en primer lugar porque no hay razón alguna que lo permita y, en segundo lugar, porque al ser la asistencia letrada, en el proceso penal, un presupuesto del derecho a la defensa, se produciría indefensión.

Así pues, el derecho a la asistencia letrada, recogido en el art. 17, 3 CE, tiene, a nuestro juicio, un contenido esencial más extenso del señalado en la STC de 11 de diciembre de 1987. O, más concretamente, como no distinguimos diferencias entre el derecho a la asistencia letrada del art. 17, 3 y el del art. 24, 2 consideramos que sus contenidos esenciales son idénticos. El hallazgo del contenido esencial ha de realizarse conforme a los tratados suscritos por España, y de éstos puede deducirse que este derecho tiene aparejada, como facultad esencial, la de libre elección de abogado. En consecuencia, las mismas razones que el TC da en alguna de sus sentencias para considerar esencial la libertad de elección de letrado, en la formulación del derecho en el art. 24, 2 CE¹⁶ son válidas para tal derecho en el marco del art. 17, 3, CE.

De otro lado, la defensa técnica se basa en la confianza que el imputado presta a su abogado.¹⁷ La defensa parte del imputado hacia el tribunal directamente (autodefensa) y a través de un tercero interpuesto (abogado). Como, en todo caso, la defensa parte del imputado, debe existir una simbiosis perfecta que hace que los actos de defensa (o sea de desarrollo del derecho) del abogado lo sean del defendido (titular del derecho). Esta fusión orgánico-jurídica tiene su elemento cohe-

16. Cf. STC de 24 de julio de 1981.

17. El abogado como amigo, Cf. FAIRÉN GUILLÉN, *Algunas notas sobre modernización de la LECrim*, en RDP, fb., 1976, p. 856.

sionador en la voluntad de sus integrantes. Consiguientemente, los actos de un abogado impuesto (obsérvese la diferencia con «no elegido») no pueden considerarse, propiamente, como actos de defensa ya que la defensa sólo parte del imputado, quien es titular de tal derecho. El abogado impuesto podrá realizar una función de vigilancia en el cumplimiento del derecho objetivo, pero nunca podrá considerarse como colaborador del imputado en el ejercicio de su derecho de defensa. Por ende, el detenido al que se le impone un letrado de oficio queda indefenso.

3.3.4. *La irrenunciabilidad del derecho es contenido esencial del derecho a la asistencia letrada*

Los derechos fundamentales son irrenunciables porque «son fundamento del orden político y de la paz social», art. 10, 1 CE.

4. LA LECRIM. CONTIENE UNA CONCRECIÓN INCONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

A nuestro juicio la LECrim. establece algunas importantes limitaciones al derecho a la asistencia: *a)* El abogado no puede informar directamente de sus derechos y del alcance de los mismos al detenido, *b)* El abogado no puede intervenir en la diligencia solicitando aclaraciones o ampliaciones de respuestas o aconsejando al detenido la contestación de determinadas preguntas, *c)* El abogado no puede entrevistarse con el detenido antes de que éste realice la diligencia en la que ha de intervenir, *d)* En los casos de incomunicación el derecho a elegir libremente abogado se suspende durante la incomunicación, *e)* En los casos de incomunicación el abogado —de oficio siempre— no podrá comunicar con el detenido ni siquiera después de realizada la diligencia y *f)* Es posible prescindir de la asistencia cuando se trate de delitos contra la seguridad del tráfico y cuando el abogado no llegue en el plazo de las ocho horas previsto legalmente.

4.1. *La pasividad obligatoria del abogado supone una restricción del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada*

Nuestra LECrim. en su art. 520 viene a establecer que el letrado no puede informar directamente al detenido de sus derechos puesto que

sólo puede solicitar que se le informe de los mismos (núm. 6, letra a) y que no puede entrevistarse con el detenido antes del término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido (núm. 6, letra c).

Esta circunstancia supone a nuestro juicio una clara limitación del derecho a la asistencia letrada y del derecho a la defensa. Para ello partimos de lo anteriormente expuesto: *a)* la función de la asistencia letrada es que el abogado coadyuve con el detenido a su defensa (para evitar la imputación y/o para evitar la condena) y *b)* la asistencia letrada es un presupuesto del derecho a la defensa.

Con estas premisas metodológicas podemos adentrarnos en un problema que nos presenta dos facetas: de un lado de qué derechos hay que informar al detenido y, de otro, en qué consiste la información.

Nuestro art. 520 (núm. 2) señala que al detenido se le informará de los derechos que le asisten y, «especialmente», de los que señala a continuación y hasta finalizar el número. Los derechos, pues, no se limitan a lo señalado en el núm. 2 y, por consiguiente, es preciso hacer una información más completa de los derechos que habitualmente puede no hacerse ya que suele limitarse la información a dar lectura al núm. 2 del art. 520. Esta circunstancia puede afectar al derecho a la defensa puesto que no es lo mismo decir a un detenido que tiene derecho a guardar silencio (letra a), sin más, que informarle —además— que tiene derecho a entrevistarse después con su letrado (núm. 5 c).¹⁸

De otro lado, informar de un derecho supone, desde una perspectiva puramente formal, hacer una alegación de su existencia al detenido. Es decir, basta con que el sujeto que realiza la diligencia *lea la ley* en presencia del detenido para que pueda entenderse (formalmente) que se ha informado de los derechos. Pero si nos atenemos a un concepto constitucional del derecho a la defensa, éste supone *conocer «de modo que le sea comprensible»* (art. 17, 3 CE) las imputaciones, sus derechos y las razones que motivan la detención. Si la ley nunca es clara, mucho menos lo es el alcance de la misma en un caso concreto y mucho menos lo es para un profano en derecho.¹⁹ Esta labor de explicación «com-

18. Sobre la información y alcance del derecho a guardar silencio. Cf. MORENO CATENA, *La defensa*, ob. cit. p. 63.

19. Nos recuerda SERRA DOMÍNGUEZ, *Interpretación de las normas procesales en Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 11, que «toda norma, por claro que sea su contenido, debe ser objeto de interpretación. Las máximas antiguas *in claris non fit interpretatio* y *clara non indigent interpretatione* son inadmisibles en el Derecho moderno y con mayor razón en el actual Derecho procesal. En efecto, sin conocer el sentido de una ley es imposible aplicarla a un caso concreto».

«previsible» de los derechos al detenido sólo puede hacerla su abogado (o el de oficio, a falta de designación). El detenido tiene derecho a ser asistido realmente y esto implica conocer de forma plena el alcance de sus derechos o, lo que es lo mismo (desde otra perspectiva), el alcance de sus actos. Esta idea está en nuestra Constitución que, adelantándose a otros textos constitucionales, y sobrepasando los internacionales, trae el derecho a la asistencia letrada hasta el momento mismo de la detención.

Nuestra LECrim. autoriza al abogado a solicitar de la autoridad judicial, o del funcionario que hubiese practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica. Esta facultad, que es inherente al derecho a la asistencia letrada, se limita, en su ejercicio, al momento de la terminación de la diligencia en la que el letrado interviene. Puede decirse, pues, que se trata de *otra diligencia* puesto que la anterior ya ha terminado. Por tanto, *el letrado no interviene en la diligencia, sino que la fiscaliza*, pudiendo (posteriormente) hacer constar en el acta el resultado de su fiscalización. Esta circunstancia convierte al abogado en un observador de la diligencia, pero excluye su cualidad de interviniente. Por ejemplo, no puede instar a su defendido a que conteste alguna pregunta (al amparo del núm. 2 letra a del art. 520 LECrim.) o a que deje de contestarla o a formular preguntas que sirvan *para evitar la imputación de su defendido*.²⁰

Sin duda, tanto la imposibilidad de que el abogado informe de sus derechos al detenido, como su presencia muda en las diligencias policiales o judiciales en las que intervenga en relación a un detenido,

20. Aún a estas alturas, viejas reticencias del proceso inquisitivo marcan la tendencia (sobre todo policial) a centrar la investigación en «la confesión» del inculcado, cuando la acusación debe tener instrumentos suficientes para ofrecer una prueba sólida, si es el caso, con independencia de las declaraciones del inculcado. Esta tendencia se aprecia en un legislador que «teme» la asistencia letrada; ésta, sin embargo es, a nuestro juicio, esencial al derecho de defensa pues aunque el Tribunal sólo debe tener en cuenta las pruebas realizadas en el acto del juicio oral (o sea, las pruebas *sensu strictu*) no hay que olvidar que el sumario está constituido por «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando su persona y las resposabilidades pecuniarias de los mismos» (art. 299 LECrim.). Sobre el influjo del sumario y su peso en el juicio oral véase lo que hemos señalado antes, en el subepígrafe 3.2.3.2.

suponen restricciones al contenido esencial del derecho constitucional a la asistencia letrada y, desde luego, no hay razón alguna para mantenerla.

4.2. *La imposibilidad legal de comunicación con el letrado desde el momento de la detención limitándose a la declaración posterior supone una restricción del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada*

El abogado no puede entrevistarse con el detenido antes de que éste realice la diligencia en la que ha de intervenir, según se deduce, *sensu contrario*, de la norma contenida en la letra c) del núm. 6 del art. 520 LECrim.

Tanto si se considera desde la perspectiva del subepígrafe anterior (alcance de los derechos, explicación de la su situación al detenido, realización de actos legales encaminados a una eficaz defensa) como si se considera desde la perspectiva del apoyo moral (Cf. STC 11 de diciembre de 1987) el derecho a la asistencia letrada requiere para su satisfacción que el detenido comunique con su letrado desde el momento en que la máquina estatal lo detiene por relacionarlo con algún hecho constitutivo de delito.

Es decir, por una parte, el derecho a la asistencia letrada exige que ésta se produzca en todo momento y cuando lo desee el detenido, entre otras razones porque es necesaria para la satisfacción del derecho a la defensa, como hemos señalado en el subepígrafe anterior, y, de otro lado, el abogado no es para su defendido (especialmente en el proceso penal) únicamente un asesor técnico, sino que otorga a aquél seguridad y estabilidad para el ejercicio de sus derechos constitucionales.²¹

4.3. *La imposibilidad de elegir letrado quien ha sido incomunicado es una restricción al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada*

Como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, nuestra LECrim. permite (cf. 577, a), y nuestro TC sacraliza, que en los casos de incomunicación el derecho a elegir libremente abogado se

21. CARNELUTTI destaca refiriéndose a la elección de Abogado que «es natural que nadie tenga mayor interés que el imputado en poner el justo hombre en el justo puesto». Cf., *Lecciones*, ob. cit., t. I, p. 243.

suspende durante la incomunicación, prestándose la asistencia letrada por abogado de oficio.

Las razones de la restricción que contiene esta norma hay que buscarlas en el frontón de la lucha antiterrorista y en el precedente legislativo que supuso la ley alemana de 20 de diciembre de 1974. La base de la restricción es el entendimiento de que determinados abogados sirven de correo entre los terroristas (o miembros de bandas mafiosas) detenidos y los en libertad, en muchos casos, para evitar una eficaz acción de la justicia o, lo que es igual, que determinados abogados utilizan las facultades que dimanar de su profesión para cometer hechos delictivos.

Por esta razón se evita que el detenido sea asistido por abogado de su confianza y se le nombra otro de oficio que, se supone, no se prestará a servir los fines criminales de las bandas terroristas y mafiosas.

En este punto consideramos que la norma aludida es inconstitucional por las siguientes razones:

a) La incomunicación es una situación procesal de carácter temporal breve en la que el detenido (506 LECrim.) o el procesado (407 LECrim.) se ve limitado en sus derechos para un mejor averiguamiento del delito. Es una medida excepcional que debe dictarse por el juez en resolución motivada en forma de auto (141 LECrim.) y cuyos fundamentos no son notificados al procesado (408 LECrim.). La medida puede ser adoptada por el juez en la averiguación de cualquier delito.²² Por tanto, la medida de incomunicación no sólo se predica respecto de aquellas personas relacionadas con bandas terroristas, sino de detenidos en relación a cualquier otro delito. La justificada euforia antiterrorista no autoriza a restringir el derecho a la defensa y a la asistencia letrada a todos los incomunicados.²³

b) Es contenido esencial del derecho a la asistencia letrada la libre designación de abogado,²⁴ según se desprende de los tratados in-

22. Sobre la medida de incomunicación al detenido cf. SERRA DOMÍNGUEZ, *Incomunicación de detenidos* en Estudios de Derecho Procesal, ob. cit., pp. 712 y ss.

23. «Una previsión pensada para casos excepcionales no debe, en buena técnica jurídica y de política penal, convertirse en norma general indiscriminada, restringiendo un derecho fundamental hasta el punto de afectar a su esencia y hacerlo irreconocible.» Del voto particular de DE LA VEGA BENAYAS, al que se adhiere Díez-Picazo, STC de 11 de diciembre de 1987.

24. En este sentido vid. el voto particular de DE LA VEGA BENAYAS al que se adhiere Díez-Picazo, a la STC de 11 de diciembre de 1987. También en este sentido el voto particular de los magistrados BEGUÉ CANTÓN, LATORRE SEGURA y LEGUINA VILLA a la misma sentencia.

ternacionales suscritos por España y de la propia naturaleza e idiosincrasia de tal derecho. El derecho a la asistencia letrada tiene el mismo contenido esencial en el marco del derecho a la tutela efectiva de los tribunales que en el marco del derecho a la libertad. Por consiguiente, si una limitación a la libre elección de abogado en el ámbito del art. 24, 2 CE sería inconstitucional, por la misma razón lo es en el ámbito del art. 17, 3 CE.

c) La restricción del derecho a la asistencia letrada no puede basarse en una posibilidad de delito de determinados abogados. En todo caso tendría que tener un fundamento en el caso concreto, procediéndose contra el abogado incurso en delito.²⁵ Cualquier resolución que impidiera a un abogado concreto asistir a su defendido tendría que ser motivada y, consecuentemente, tendría que dar traslado al MF para el ejercicio de acciones por los delitos que correspondieran.²⁶

d) Impidiéndose la elección se afecta el derecho a la asistencia letrada y, subsiguientemente, se restringe el derecho a la defensa.

d.a. De un lado el derecho a la defensa exige, por su misma naturaleza, la convicción de su titular de que realmente puede ejercitarlo, atendiendo a las leyes. Sólo esta convicción profunda da la fuerza moral necesaria que lleva a la efectividad de la defensa. El abogado de oficio *impuesto* deja de ser abogado del detenido para convertirse en «abogado del proceso».²⁷ Con ese abogado se satisfarán otros derechos, pero no el de asistencia letrada al detenido que se basa en la confianza entre el profesional y el detenido.²⁸

25. En este sentido vid. voto particular a la STC de 11 de diciembre de 1987 de los magistrados BEGUÉ CANTÓN, LATORRE SEGURA y LEGUINA VILLA.

26. En el sistema alemán —del que el español tomó ejemplo— es preciso para la exclusión del Abogado el cumplimiento de unos presupuestos legales (sospecha de cooperación punible, por ej.) y seguir un procedimiento para la averiguación de dichos presupuestos, ante autoridad judicial distinta a la que conoce del proceso en que interviene el Abogado cuya exclusión de presente. Cf. PRIETO CASTRO, *La defensa*, ob. cit., pp. 129 y ss., y, más detalladamente GÓMEZ COLOMER, «La exclusión del Abogado defensor en el proceso alemán», *Rev. Justicia*, 88, núm. I, pp. 199 y ss. Si no hay razones para esto último, tampoco hay razones para impedir la asistencia de ese letrado.

27. Esta idea puede verse en CARNELUTTI, *Lecciones...*, ob. cit. t. I, p. 243. El autor va más allá: se refiere a aquellos supuestos en que, por no hacerlo el inculpado, se le nombra un abogado de oficio.

28. «El patricinio del abogado (...) es o se fundamenta en una relación de confianza, pero de la confianza de la persona en el abogado, no de la sociedad o de la ley en un servicio de letrados de oficio.» Voto particular de DE LA VEGA BENAYAS al que se adhiere Díez-Picazo, a la STC de 11 de diciembre de 1987.

No es sostenible «que la eficacia de la asistencia técnica, el apoyo moral y la

d.b. De otro lado, como hemos señalado arriba, la asistencia letrada actúa como presupuesto del derecho a la defensa y éste nace desde el momento en que un ciudadano se ve relacionado con hechos delictivos. Desde ese momento puede defenderse para evitar no sólo la condena, sino también la acusación, y el derecho a la defensa exige, en todo caso, como contenido esencial, la libre designación de abogado puesto que los actos de defensa del abogado deben entenderse como del propio defendido. El abogado impuesto no actuará el derecho a la defensa del detenido, sino que —posiblemente— velará por el cumplimiento del derecho objetivo, que es cosa distinta. Si partimos de la base que el derecho a la defensa surge, desde luego, con la detención ha de concluirse que el detenido al que se le impone un abogado queda indefenso, al carecer de asistencia técnica.

e) El art. 17, 3 CE habilita al legislador para proceder a la regulación del derecho a la asistencia letrada, no para modificarlo en su contenido esencial.

f) Impedir la libre elección de abogado convierte el derecho a la asistencia letrada en una formalidad procesal, que satisface el cumplimiento de los requisitos de postulación, pero impide el libre ejercicio del derecho a la defensa. El derecho a la asistencia letrada se hace impracticable porque *el sujeto de defensa no reconoce como suya la actuación del letrado* y su presencia en las diligencias practicadas se enmarca en un ámbito distinto al del derecho a la defensa (de íntima titularidad del detenido) para trasladarse al simple cumplimiento de un requisito formal, ajeno al detenido. Los actos de defensa del abogado son actos de defensa del imputado por quien actúa. Esta realidad procesal exige que, en todo caso, el abogado defensor sea la persona elegida por el detenido. Como hemos señalado, el *primer acto de defensa de un imputado es la elección del abogado* que colaborará con él en su defensa. La eliminación de la facultad de elegir letrado restringe gravemente el derecho a la defensa que surge, desde luego, con la detención.

g) Aunque el detenido pueda elegir libremente abogado al terminar

ayuda profesional en los primeros momentos o días de la detención puedan lograrse de igual o equivalente modo por el Abogado que goza de la confianza del detenido y por ello —y por ello lo nombra libremente— que por quién resulta desconocido y ha sido designado sin su intervención y de modo alegatorio para él». Voto particular de BEGUÉ CANTÓN, LATORRE SEGURA y LEGUINA VILLA. Véase la *paradoja en Kafka, El proceso...*

la incomunicación, ello no justifica la restricción del derecho, pues desde este planteamiento cabría justificar la asistencia de oficio forzada a lo largo de todo el sumario, permitiendo la elección en el juicio oral. De otra parte, los momentos iniciales del proceso (en sentido lato) de imputación social de hechos delictivos son, en muchas ocasiones, determinantes del desarrollo ulterior del proceso jurisdiccional, y ello aunque carezcan de valor probatorio. En cualquier caso el derecho a la defensa ya ha sido restringido en su primer peldaño; la libre designación de abogado.

h) La paz social y la seguridad ciudadana no exigen para su satisfacción que se restrinja el derecho a la asistencia letrada (y, consiguientemente el de defensa) puesto que es posible el mantenimiento de aquellos principios sin realizar tal restricción. No existe, pues, conflicto de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, ya que la paz social y la seguridad ciudadana exigen prioritariamente el cumplimiento riguroso de los derechos fundamentales de la persona y no es sostenible que el derecho a la libre elección de abogado haga imposible la satisfacción de los bienes jurídicos señalados.²⁹

i) El secreto en la investigación no exige la imposición de abogado de oficio, salvo que se haga (como realmente se hace) la *presunción legal iuris et de iure* de que el abogado de designación incumple sus deberes deontológicos y legales, lo cual es —naturalmente— inadmisibles.³⁰

4.4. *La imposibilidad de comunicación del incomunicado con el letrado es una restricción al derecho a la asistencia letrada*

En los casos de incomunicación el abogado —de oficio siempre— no podrá comunicar con el detenido ni siquiera después de realizada la diligencia (art. 527, c, LECrim.). Este precepto es claramente inconstitucional, a nuestro juicio. Partiendo de la base de que el incomunica-

29. «En cuanto a la valoración de bienes constitucionales, me parece que la solución dada en la sentencia de la que disiento es desequilibrada, porque ha primado la seguridad en detrimento de la libertad (...)» Voto particular de DE LA VEGA BENAYAS al que se adhiere DÍEZ-PICAZO, a la STC de 11 de diciembre de 1987.

30. «No es lícito sospechar que, como regla general, todo abogado libremente nombrado por una persona detenida e incomunicada haya de actuar deliberadamente en contra de la incomunicación acordada, sirviendo de enlace con terceros eventualmente responsables de los hechos delictivos que son objeto de la investigación (...)» Voto Particular de BEGUÉ CANTÓN, LATORRE SEGURA y LEGUINA VILLA a la STC de 11 de diciembre de 1987.

do no puede ser asistido por abogado de su confianza (del que el legislador presume, de forma intolerable, connivencia), ¿cuál es la razón por la que se le impide la entrevista a que se refiere la norma restrictiva?

A nuestro juicio el precepto está afectado de inconstitucionalidad porque la incomunicación ha de ser efectuada de modo que no produzca indefensión y es evidente que la imposibilidad de ser asistido la produce al no poder el detenido preparar su defensa.

4.5. *La renunciabilidad del derecho, cuando se den determinadas circunstancias, es una restricción al derecho a la asistencia letrada*

Nuestra LECrim. contempla dos situaciones en que el detenido puede renunciar a la asistencia letrada: cuando la detención se haya motivado en hechos delictivos contra la seguridad del tráfico y cuando el abogado no llegue en el plazo de las ocho horas previsto legalmente.

Ambos supuestos nos parecen inconstitucionales, puesto que partimos de la base que la ley ordinaria no puede consagrar la renunciabilidad de un derecho fundamental.

En efecto, el hecho de que, transcurridas ocho horas desde la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no comparezca ningún letrado (de designación o de oficio) no autoriza a restringir el derecho a la asistencia letrada permitiendo la realización de diligencias sin abogado: entre otras razones, porque las deficiencias del turno de asistencia al detenido (si las hubiere) o la incomparecencia del letrado designado no son imputables al detenido. Además, lógicamente, por la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales y por el propio dictado del art. 17, 3 CE: «Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.»

De otro lado, tampoco creemos que la naturaleza del delito sea razón suficiente para restringir el derecho a la asistencia letrada, puesto que el derecho a la defensa —del que es presupuesto la asistencia letrada— es indiferente a la misma.

4.6. *El art. 17, 3 CE en su inciso último no autoriza al legislador a restringir el derecho fundamental a la asistencia letrada, sino a regularlo*

El art. 17, 3 CE señala en su último inciso que «Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.»

Esta última afirmación no autoriza al legislador ordinario sino a regular el derecho a la asistencia letrada, nunca a restringirlo en su contenido esencial (ver SS TC casos similares). Por tanto, cualquier limitación del derecho que afecte al contenido esencial del derecho fundamental a la asistencia letrada, que no obedezca a razones de protección de principios constitucionales y que no sea razonable y proporcionada a tal fin, habrá de considerarse inconstitucional.

5. LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO EXIGE EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si partimos de la base que los derechos fundamentales de la persona son inviolables y que el estado de derecho garantiza la convivencia ciudadana, debemos llegar a la conclusión que la lucha contra el desorden social, sea en forma de delincuencia individual o colectiva, es posible desde la inviolabilidad de los derechos fundamentales.

El proceso penal se establece para la averiguación de hechos de carácter delictivo con el fin último de procurar la satisfacción del derecho. El proceso es, pues, un instrumento al servicio de la justicia. Un instrumento que, lógicamente, se va configurando en el devenir de los tiempos. Los avances en la definición del proceso han hecho descartar formas procesales que hoy repugnan por su falta de respeto a los principios del orden democrático, además de su demostrada ineficacia.

En el viejo sistema inquisitivo, la idea de que la confesión no es sólo la prueba reina, sino el principio de la expiación y arrepentimiento del delincuente, hizo nacer en la edad media la práctica de la tortura. Por eso se llegaba a aplicarla, incluso, cuando el juez ya estaba convencido de la culpabilidad del inculcado, como medio para extraer de éste el reconocimiento último de su culpa y, con él, el acto contritivo del arrepentimiento. Como ha señalado Carnelutti «la convicción del juez era más bien el presupuesto que el objetivo. Se quería, en suma, más bien que la prueba obtener el arrepentimiento».

El derecho a no reconocerse culpable ha sido constitucionalizado en el art. 24, 2 CE y debe ser informado a cualquier persona que resulte detenida (art. 17, 3 CE). Más allá de la comprensión del ser humano y su espíritu de autodefensa que la norma tiene, el precepto constitucional sanciona el derecho a defenderse adoptando una actitud pasiva, negando una prueba al tribunal (no declarar) y, lo que ahora más nos interesa, previendo la posibilidad de que el tribunal debe partir del derecho fundamental al silencio. Es decir, de que el tribunal no debe valorar el silencio como hecho indiciario, sino como ejercicio de un derecho constitucional.

Por tanto, nuestra Constitución configura un sistema probatorio en el que la confesión (autoinculpación) —teniendo gran importancia, como lo prueba el hecho de la constitucionalización de su inexigencia— no debe centrar la atención de la acusación, puesto que establece el derecho a no prestarla.

No obstante estos principios se recogen en nuestra LECrim., parece que al legislador moderno le sigue interesando especialmente el reconocimiento de culpabilidad del inculpado. No otra debe ser la razón por la que impide que sea realmente asistido por un abogado desde el momento mismo de la detención y cuando lo solicite el interesado.

La acusación debe profundizar en las técnicas probatorias y construir su tesis sobre la base de este presupuesto constitucional que es el derecho al silencio, incluso a la mentira (no es otra la causa de no exigir juramento al inculpado)³¹ como instrumento de la autodefensa. Si no es capaz de hacerlo sólo caben dos posibilidades: o bien el precepto constitucional es excesivo (lo que exigiría una modificación constitucional y de sistema) o bien la policía judicial no es eficaz. La primera hipótesis nos parece incorrecta y su aceptación nos conduciría a etapas anteriores del proceso penal —superadas con los criterios democráticos. Consiguientemente, si el legislador aprueba normas restrictivas del derecho a la asistencia letrada quizá equivoque su objetivo porque *la eficacia del proceso y la igualdad de medios de la acusación hay que buscarlas, no en la restricción de derechos fundamentales, sino en el mejoramiento de los medios humanos y técnicos de investigación policial.*

Finalmente, la idea que introduce el error de creer que es más eficaz un sistema de restricciones para la lucha contra el delito se nos antoja engañosa y poco respetuosa con el Estado de Derecho.

De otro lado, cualquier sistema jurídico que parta de la desconfianza en sus abogados, creyendo ser más eficaz si impide la asistencia letrada plena (como lo hace el nuestro: art. 527 LECrim.) debe ser sometido urgentemente a revisión porque, al menos, dos cosas le fallan: *a)* la capacidad de persecución del delito donde quiera que se produzca (si el presupuesto es cierto), *b)* la fe necesaria en las instituciones democráticas. Siendo ambas cosas graves, la segunda puede resultar alarmante.

A nadie se le escapa que las formas actuales de delincuencia son difícilmente combatibles: su carácter internacional, el desarrollo tecnológico, los medios económicos con los que cuentan, los intereses —incluso nacionales extranjeros— que a veces los amparan y la intercomunicación de bandas que facilita el cúmulo de experiencia, hacen de cierta delincuencia un enemigo de dimensiones estremecedoras. Los grupos mafiosos implicados en delitos contra la salud pública provocan un mercado de delincuencia que produce el porcentaje mayor de delitos e inseguridad ciudadana. Las bandas terroristas suponen un permanente foco de actuación delictiva que, blanqueada por valores políticos y animada por intereses oscuros (muchas veces no lejanos de otros ámbitos del hampa), pretenden provocar (y a veces consiguen) una psicosis de estado de guerra.

Con ser graves algunas de las formas actuales de delincuencia organizada, con ser mucha su capacidad destructiva y enorme su capacidad de supervivencia, el Estado de Derecho tiene instrumentos suficientes como para abordar el problema respetando escrupulosamente los derechos fundamentales. Todo el esfuerzo técnico y humano debe centrarse en el desarrollo de técnicas que permitan el respeto a la legalidad constitucional.

Y, en todo caso, la existencia de tales lacras nunca debe ser fundamento para la generalización de las medidas excepcionales que se adopten.

Si partimos de la eficacia del derecho para el mantenimiento del orden social, tenemos que concluir que no hay forma más eficaz de hacer cumplir el derecho que desde el escrupuloso respeto al mismo. Sólo una hipótesis contraria a la expresada hace comprensible la restricción de los derechos fundamentales en su contenido esencial.

31. Cf. el art. 387 LECrim.

6. CONCLUSIONES

Primera. La pasividad obligatoria del abogado en la asistencia al detenido, impuesta por el art. 520 de la LECrim., supone una restricción del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada y del derecho a la defensa.

Segunda. La imposibilidad legal de comunicación con el letrado desde el momento de la detención, limitándose a la declaración posterior, supone una restricción del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada y del derecho a la defensa.

Tercera. La imposibilidad de elegir letrado por parte de quien ha sido incomunicado es una restricción del derecho a la asistencia letrada y del derecho a la defensa en su contenido esencial.

Cuarta. La imposibilidad de comunicación del incomunicado con el letrado es una restricción al derecho a la asistencia letrada y al derecho a la defensa.

Quinta. La renunciabilidad del derecho a la asistencia letrada cuando se trate de delitos contra el tráfico o cuando el abogado no comparezca en el plazo de ocho horas es una restricción al derecho a la asistencia letrada y al derecho a la defensa.

Sexta. El Ministerio Fiscal, el propio Estado y los Colegios de Abogados y Procuradores deberán ejercitar las acciones correspondientes en la persecución de delitos cometidos por funcionarios o profesionales relacionados con los procesos en los que se haya decretado incomunicación, extremando su celo en aquellos relacionados con delitos de terrorismo o actividades de bandas mafiosas.

DESPACHO ORDINARIO

CONDENA A ESPAÑA POR DILACIONES INDEBIDAS

El 7 de julio de 1989 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fallaba, en audiencia pública, contra el Estado español por dilaciones indebidas en un proceso civil.

El ciudadano, en este caso la empresa alimentaria Sanders, había recorrido un largo y, en ocasiones, intrincado camino por la vía jurisdiccional confiada en que, fruto de su patente situación de indefensión obtendría la protección de los órganos jurisdiccionales nacionales; incluso llegó a plantear un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.¹ No viendo satisfechas sus pretensiones y agotada la vía jurisdiccional interna, se armó de valor y decidió acudir a la máxima esfera de protección de los derechos fundamentales en Europa: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ¿Cuál era el motivo? Violación del «derecho a un proceso dentro de un plazo razonable» en base al art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ratificado por España. Así pues, el ciudadano presenta una demanda ante la Comisión Europea de Derechos del Hombre el 5 de julio de 1985, ésta examina el caso y da a conocerlo al Gobierno español al tiempo que lo invita a que presente sus observaciones. Después de la vista celebrada el 11 de diciembre de 1987 la Comisión admite la demanda. La Comisión no consigue un acuerdo amigable entre las partes y el 31 de octubre de 1988 presenta un informe (*rapport*) en el que expresa su opinión al respecto. En este informe la Comisión hace un examen de

1. F. RAMOS MÉNDEZ, «Un retraso de dos años en dictar sentencia no constituye dilación indebida», *Justicia*, 1985-II, pp. 427 y ss.

los hechos y argumenta en base a la reconocida jurisprudencia del TEDH su conclusión sobre la existencia de violación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950. Conclusión adoptada con el voto particular de Sir Basil Hall. El asunto es llevado ante el TEDH por la Comisión el 19 de diciembre de 1988 y por el Gobierno español el 20 de enero de 1989. La vista tuvo lugar el 21 de abril de 1989, el Tribunal Europeo se reunió con posterioridad y pronunció sentencia el 7 de julio de 1989.

La sentencia la tienen ustedes reproducida íntegramente en este volumen; no es el momento de hacer un sesudo examen de todos sus puntos, basta que el lector le eche una mirada para que empiece a sospechar su repercusión en nuestra jurisprudencia, especialmente en la de nuestro Tribunal Constitucional. Como mencionaba M. J. C. Soyer, delegado de la Comisión Europea, «L'arrêt de votre Cour sur le premier cas espagnol de cette nature servira sans doute à affirmer solennellement notre jurisprudence en la matière, pour la mieux faire connaître aux citoyens de l'Espagne tout en leur fournissant des orientations qui permettent d'évaluer la durée des procédures judiciaires dans ce pays, et sa conformité par là-même à la Convention».

CRISTINA RIBA



**COMMISSION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

Requête n° 11681/85

**Union Alimentaria Sanders S.A.
contre
Espagne**

Rapport de la Commission

(Adopté le 13 octobre 1988)

Strasbourg

REQUETE N° 11681/85

Union Alimentaria Sanders S.A.

contre

Espagne

RAPPORT DE LA COMMISSION

(adopté le 13 octobre 1988)

19.042 (Révisé)
06.2

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION (par. 1-22).....	1
A. La requête (par. 2-11)	1
B. La procédure (par. 12-17)	2
C. Le présent rapport (par. 18-22)	2
II. ETABLISSEMENT DES FAITS (par. 23-35)	4
III. ARGUMENTATION DES PARTIES (par. 36-55)	6
A. La requérante (par. 36-43)	6
B. Le Gouvernement (par. 44-55)	7
IV. AVIS DE LA COMMISSION (par. 56-83)	10
A. Point en litige (par. 56)	10
B. Le caractère raisonnable de la durée de la procédure (par. 57-82)	10
C. Conclusion (par. 83)	14
Opinion dissidente de Sir Basil Hall.....	15
ANNEXE I - Historique de la procédure devant la Commission.....	16
ANNEXE II - Décision sur la recevabilité de la requête.....	17

11681/85

I. INTRODUCTION

1. On trouvera ci-après un résumé des faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés à la Commission européenne des Droits de l'Homme, ainsi qu'une description de la procédure.

A. La requête

2. La requérante est une société anonyme, immatriculée au Registre du Commerce de Madrid, qui exerce son activité dans le domaine de la production alimentaire. Son siège social est à Madrid. Pour la procédure devant la Commission, elle est représentée par Me Francisco Ramos Mendez, avocat au barreau de Barcelone.

3. Au cours de la procédure devant la Commission, le Gouvernement espagnol a été représenté par ses agents, Monsieur José María Morenilla Rodríguez puis Monsieur José Luis Fuertes Suarez, du Ministère de la Justice.

4. Le 2 mai 1979, la société requérante introduisit devant le tribunal d'instance de Barcelone une action en paiement d'une somme dont elle s'estimait créancière. L'affaire fut attribuée au tribunal de première instance N° 9 de Barcelone.

5. Par ordonnance du 28 décembre 1981, l'affaire fut mise en délibéré.

6. Le jugement n'ayant pas encore été prononcé, la requérante forma le 21 octobre 1983 un recours d'amparo pour violation de l'article 24 par. 2 de la Constitution espagnole.

7. Le 17 décembre 1983, le tribunal de première instance N° 9 de Barcelone rendit son jugement : il condamna la société anonyme L. et Mme P., défenderesses, à verser solidairement à la requérante la somme de 1 852 343,67 Pesetas, augmentée des intérêts, et débouta en partie la requérante d'autres prétentions.

8. La requérante ayant interjeté appel de ce jugement, l'affaire fut attribuée à la première chambre civile de la cour de Barcelone. Par décision du 13 septembre 1984, la chambre déclara l'affaire en état pour une audience, sans toutefois en fixer la date.

9. En septembre 1985, l'affaire fut attribuée à la troisième chambre civile. Par arrêt du 12 mai 1986, celle-ci déclara l'appel partiellement fondé et annula le jugement attaqué en ce qu'il déboutait la requérante de ses conclusions à l'égard de Mme B., une autre défenderesse.

10. Entre-temps, le Tribunal Constitutionnel avait rejeté, par arrêt du 23 janvier 1985, le recours d'amparo formé par la requérante.

11. Devant la Commission, la requérante se plaint de la durée de la procédure civile qu'elle a introduite en mai 1979 et allègue à cet égard une violation de l'article 6 par. 1 de la Convention.

11681/85

B. La procédure

12. La requête a été introduite le 5 juillet 1985 et enregistrée le 2 août 1985 sous le numéro de dossier 11681/85.
13. Le 3 mars 1986, la Commission a procédé à un premier examen de la requête. Elle a décidé de porter la requête à la connaissance du Gouvernement défendeur et d'inviter ce dernier à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête dans un délai échéant le 16 mai 1986.
14. Les observations du Gouvernement défendeur ont été présentées le 22 mai 1986, après que ce dernier ait sollicité une prorogation de délai. Les observations en réponse de la société requérante sont parvenues le 11 juillet 1986.
15. Le 7 mai 1987, la Commission a décidé d'inviter les parties à lui présenter oralement au cours d'une audience des observations complémentaires sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête (article 42 par. 3 b) du Règlement intérieur).
16. L'audience s'est tenue le 11 décembre 1987. La requête a été déclarée recevable le même jour.

La Commission ayant offert aux parties la faculté de lui soumettre des offres de preuve et observations complémentaires, les parties n'ont pas estimé devoir faire usage de cette faculté.

17. Après avoir déclaré la requête recevable, la Commission, conformément à l'article 28 b) de la Convention, s'est mise à la disposition des parties en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire. Des consultations ont eu lieu avec les parties entre le 2 février et le 14 mars 1988. Vu l'attitude adoptée par les parties, la Commission constate qu'il n'existe aucune base permettant d'obtenir un tel règlement.

C. Le présent rapport

18. Le présent rapport a été établi par la Commission conformément à l'article 31 de la Convention, après délibérations et votes de séance plénière, en présence des membres suivants :

MM. J.A. PROWEIN, Président en exercice
 S. TRECHSEL
 E. BUSUTTIL
 G. JÖRUNDSSON
 A.S. GÖZÜBÜYÜK
 A. WEITZEL
 J.C. SOYER
 H. DANELIUS
 G. BATLINER
 H. VANDENBERGHE
 Sir Basil HALL
 MM. P. MARTINEZ
 C.L. ROZAKIS
 Mme J. LIDDY

11681/85

19. Le texte du présent rapport a été adopté par la Commission le 13 octobre 1988 et sera transmis au Comité des Ministres en application de l'article 31 par. 2 de la Convention.
20. Ce rapport a pour objet, conformément à l'article 31 de la Convention :
1. d'établir les faits, et
 2. de formuler un avis sur le point de savoir si les faits constatés révèlent de la part du Gouvernement défendeur une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention.
21. Sont joints au présent rapport un tableau retraçant l'historique de la procédure devant la Commission (Annexe I) et le texte de la décision de la Commission sur la recevabilité de la requête (Annexe II).
22. Le texte intégral de l'argumentation écrite et orale des parties ainsi que les pièces soumises à la Commission sont conservés dans les archives de la Commission.

11681/85

II. ESTABLISSEMENT DES FAITS

23. Le 2 mai 1979, la société requérante introduisit devant le tribunal d'instance de Barcelone une action (juicio de mayor cuantía) tendant notamment au paiement d'une somme dont elle s'estimait créancière. La demande introductive d'instance était dirigée contre la société anonyme L. et quatre particuliers mais, à titre principal, contre la société et son administratrice Mme P. En outre, la requérante jugeant la société L. et Mme P. insolvable, intentait à titre subrogatoire deux actions tendant à l'exécution de contrats d'achat de terrains par ces deux défenderesses et l'inscription au registre foncier de l'acquisition de ces terrains.

L'affaire fut attribuée au tribunal de première instance N° 9 (Juzgado de 1º Instancia N° 9) de Barcelone.

24. Il ressort du dossier qu'en date du 27 novembre 1980, le tribunal a ouvert la procédure probatoire. Il en ressort également que, par la suite, les parties n'ont pas demandé à pouvoir plaider oralement au cours d'une audience.

25. Par ordonnance du 28 décembre 1981, l'affaire fut mise en délibéré (conclusos los autos para sentencia).

26. Le 10 juillet 1983, la requérante adressa au juge une lettre par laquelle elle se plaignait d'une violation de l'article 24 par. 2 de la Constitution espagnole, qui garantit le droit à un procès équitable sans retards indus (sin dilaciones indebidas).

27. Le tribunal n'ayant toujours pas statué, la requérante saisit le 21 octobre 1983 le Tribunal Constitutionnel d'un recours d'amparo pour violation de l'article 24 par. 2 de la Constitution.

28. Par jugement rendu le 17 décembre 1983, le tribunal de première instance n° 9 de Barcelone condamna la société anonyme L. et Mme P., à verser solidairement à la requérante la somme de 1.852.343,67 Pesetas, augmentée des intérêts, condamna Mme P. et d'autres défendeurs à l'exécution du contrat de vente de terrains (avec inscription au registre foncier) et débouta la requérante des autres prétentions.

29. Le 23 décembre 1983, la requérante interjeta appel de ce jugement. L'affaire fut attribuée à la première chambre civile de la cour (Audiencia Territorial) de Barcelone.

30. Ayant procédé à divers actes de procédure, la chambre, par décision du 13 septembre 1984, déclara l'affaire en état pour une audience, sans toutefois en fixer la date.

31. Le 4 septembre 1985, l'affaire fut transférée de la première à la troisième chambre civile de la cour de Barcelone.

32. Par décision du 17 mars 1986, la troisième chambre fixa au 6 mai 1986 la date de l'audience.

33. Par arrêt rendu le 12 mai 1986, cette chambre déclara l'appel partiellement fondé, annula le jugement attaqué en ce qu'il déboutait la requérante de ses conclusions à l'égard de Mme B., défenderesse, et confirma le jugement de première instance pour le surplus.

11681/85

34. Entre-temps, le Tribunal Constitutionnel avait rejeté, par arrêt du 23 janvier 1985, le recours d'amparo formé par la requérante. Ayant examiné la complexité de l'affaire, le comportement de la requérante et des autorités, ainsi que les conséquences que le retard de la procédure avait pu entraîner pour la requérante, et ayant tenu compte de la situation exceptionnelle de blocage existant au tribunal de première instance n° 9 de Barcelone, le tribunal estima que l'affaire n'exigeait pas un traitement prioritaire.

35. Le 18 octobre 1986, la requérante a demandé au tribunal de première instance N° 9 de Barcelone d'assurer l'exécution du jugement du 17 décembre 1983.

Cette demande serait demeurée sans résultat.

11681/85

III. ARGUMENTATION DES PARTIES

A. La société requérante

Sur les critères utilisés par la Cour et la Commission européennes des Droits de l'Homme en vue de déterminer la durée d'une procédure au regard de l'article 6 par. 1 de la Convention.

a) Quant à la complexité de l'affaire

36. La requérante soutient que l'affaire qui fait l'objet de la présente requête n'est pas de nature complexe. En effet, l'affaire ne posait pas de problèmes juridiques importants et le dossier n'était pas excessivement volumineux par rapport à la moyenne des dossiers. Par ailleurs, seule parmi les parties défenderesses la société L. a comparu devant le tribunal. La requérante fait valoir que l'inertie des autorités judiciaires est la vraie raison de la lenteur de la procédure, les tribunaux n'ayant pas besoin d'un long délai pour examiner l'affaire.

b) Quant au comportement de la requérante

37. La requérante conteste l'affirmation du Gouvernement défendeur selon laquelle elle aurait dû entreprendre des démarches afin d'accélérer la procédure. En l'espèce, elle a attendu avec patience que le tribunal de première instance rende son jugement dans un délai raisonnable. Lorsque la requérante a estimé que le tribunal avait dépassé ce délai, elle a saisi le Tribunal Constitutionnel d'un recours d'amparo. En soutenant que la requérante aurait dû agir plus tôt, le Gouvernement défendeur méconnaît la réalité du fonctionnement de la justice en Espagne.

c) Quant à la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires

(aa) La situation existant dans les tribunaux de Barcelone et les mesures adoptées en vue d'y porter remède

38. La requérante attire l'attention de la Commission sur le grand décalage existant en Espagne entre la législation concernant l'administration de la justice et la pratique quotidienne. A cet égard, la requérante considère que les mesures prises pour remédier à la situation de l'administration de la justice en Espagne se sont avérées insuffisantes. Le nombre d'affaires pendantes devant les tribunaux ne cesse d'augmenter et, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, la situation s'est aggravée.

39. En particulier, la requérante souligne l'état de pénurie existant dans les tribunaux de première instance de Barcelone. En effet, les périodes de plus en plus fréquentes pendant lesquelles des tribunaux restent dépourvus de juges malgré le recours à des juges remplaçants pour traiter les affaires urgentes constituent le motif principal de l'accumulation et de la durée excessive des procédures devant les tribunaux.

A la cour d'appel de Barcelone, les retards sont tels que les audiences ne peuvent avoir lieu qu'un an après la déclaration que l'affaire est en état pour une audience. La requérante renvoie ici au rapport du Conseil supérieur de la Magistrature pour l'année 1985.

11681/85

(bb) Les circonstances particulières de la présente affaire

40. Dans la présente affaire, la durée excessive de la procédure est évidente.

En ce qui concerne le tribunal de première instance N° 9 de Barcelone, la requérante relève que le retard subi par la procédure ne saurait être personnellement imputable au juge en fonction, qui a dû s'absenter pour cause de maladie, mais à l'état général de pénurie existant dans les tribunaux de Barcelone. En conséquence, l'argument tiré d'une situation exceptionnelle de ce tribunal ne peut être retenu pour justifier le retard de la procédure.

41. L'inactivité du tribunal de première instance puis de la cour d'appel de Barcelone constitue d'ailleurs une violation des dispositions du code de procédure civile. En particulier, la requérante rappelle que, conformément à l'article 678 de ce code, le juge dispose d'un délai de 12 jours à partir de la mise en délibéré de l'affaire pour rendre le jugement.

42. Par ailleurs, on peut remarquer que le jugement de première instance a été rendu peu de temps après l'introduction d'un recours d'amparo et que l'arrêt d'appel a été rendu après la communication de la requête au Gouvernement défendeur. De l'avis de la requérante, ni le recours d'amparo ni la saisine de la Commission ne devraient constituer les voies ordinaires pour accélérer le déroulement des procédures devant les juridictions espagnoles.

43. La requérante conclut que le Gouvernement défendeur est seul responsable de la durée de la procédure, vu le fonctionnement de l'administration de la justice en Espagne, notamment dans la ville de Barcelone.

B. Le Gouvernement

Sur les critères utilisés par la Cour et la Commission européennes des Droits de l'Homme en vue de déterminer la durée d'une procédure au regard de l'article 6 par. 1 de la Convention.

(a) Quant à la complexité de l'affaire

44. Le Gouvernement relève qu'il s'agit en l'espèce d'une procédure engagée contre une société commerciale (la société L.) et quatre particuliers, dont trois ne résidaient pas à Barcelone. L'action introduite avait pour objet la réclamation d'une somme dont la requérante était créancière, augmentée des intérêts légaux à partir de l'introduction de la demande. A titre principal, l'action était dirigée contre la société commerciale et son administratrice, Mme P., dont le mari, qui figurait comme associé, se serait enfui à l'étranger. En outre, la requérante intentait deux actions subrogatoires afin d'obtenir l'exécution d'un contrat d'achat d'un terrain acheté par la société L. et l'inscription au registre foncier de l'achat de ce terrain ainsi que celle de deux autres terrains achetés par Mme P. et les époux P.S. L'insolvabilité apparente de la société L. et la non-comparution des particuliers défendeurs ajoutaient à la complexité de l'affaire, dont le dossier comportait environ 1.400 pages.

11681/85

(b) Quant au comportement de la requérante

45. Se référant au recours d'amparo formé par la requérante pour violation de l'article 24 par. 2 de la Constitution, qui garantit le droit à un procès équitable sans retard indû (*sin dilaciones indebidas*), le Gouvernement allègue que la requérante aurait pu utiliser cette voie bien plus tôt. A cet égard, il relève que l'affaire fut mise en délibéré en décembre 1981 et que le juge disposait d'un délai de 12 jours pour rendre le jugement, conformément à l'article 678 du code de procédure civile. Toutefois, la requérante n'a entrepris les premières démarches en vue de former un recours d'amparo qu'en date du 10 juillet 1983, soit un an et demi après la date à laquelle elle aurait pu saisir le Tribunal Constitutionnel en se plaignant du retard de la procédure.

46. Quant à la procédure d'appel, le Gouvernement fait valoir que la requérante ne s'est pas plainte de la durée de cette procédure, raison pour laquelle celle-ci a suivi le cours des affaires qui n'ont pas été considérées comme méritant un traitement prioritaire.

47. Se référant à la jurisprudence de la Commission selon laquelle "l'exercice du droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable est, en matière civile, subordonné à la diligence de la partie intéressée", le Gouvernement fait remarquer que le comportement de la requérante, qui n'a pas utilisé en temps utile le recours efficace permettant de porter remède à la situation en question, a contribué à prolonger le déroulement de la procédure.

(c) Quant à la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires**(aa) La situation existant dans les tribunaux de Barcelone et les mesures adoptées en vue d'y porter remède**

48. Le Gouvernement expose tout d'abord la situation existant dans les tribunaux de première instance de Barcelone. Sur ce point, il souligne que ces tribunaux ont connu en 1982 une forte augmentation du nombre des procès. En effet, selon le rapport du Conseil supérieur de la Magistrature pour 1982, chaque tribunal de première instance a dû traiter cette année-là une moyenne de 1800 dossiers. Pour porter remède à cette situation, de nouveaux arrondissements judiciaires ont été institués dans la région de Barcelone par la loi du 21 mai 1982. Par ailleurs, quatre nouveaux tribunaux de première instance avaient déjà été institués à Barcelone par Décret Royal du 3 juillet 1981 et fonctionnaient depuis septembre 1981.

49. La situation s'était nettement aggravée au tribunal de première instance n° 9 de Barcelone, le juge en fonction ayant dû être à plusieurs reprises remplacé en raison de son état de santé. En effet, il aurait pris plusieurs congés de maladie au cours des années 1982 et 1983. Après sa retraite, le 27 juillet 1983, son siège demeura vacant jusqu'à la prise de fonctions du nouveau juge, qui eut lieu le 21 septembre 1983. Ce dernier n'étant resté à son poste que deux mois, le tribunal n° 9 se trouva à nouveau vacant. La situation au tribunal ne fut normalisée qu'en 1985.

11681/85

50. Le Gouvernement défendeur fait observer également la situation de la cour d'appel (Audiencia Territorial) de Barcelone. A cet égard, il relève que jusqu'à l'institution et la mise en fonctionnement de la troisième chambre civile, en juillet 1985, le nombre d'affaires dans les deux chambres existantes avait augmenté de 62 % entre 1981 et 1984.

51. La troisième chambre civile, entrée en fonction le 1er juillet 1985, s'est vu attribuer 964 affaires en instance devant la première chambre et 586 affaires en instance devant la deuxième chambre. La reprise de ces affaires par la nouvelle chambre a comporté la communication du nouvel enregistrement aux parties, la désignation de nouveaux rapporteurs, et l'établissement d'un nouveau calendrier. Les affaires qui ont bénéficié d'un traitement prioritaire ont été celles qui avaient trait à des problèmes familiaux, des demandes d'aliments, des baux d'habitation et baux ruraux, ou celles dont le traitement d'urgence s'avérait nécessaire en raison de leur caractère social.

52. Par ailleurs, le Gouvernement relève que l'adaptation des anciennes structures de l'administration de la justice à un régime démocratique, la promulgation en 1978 de l'actuelle Constitution ainsi que la signature et la ratification d'instruments internationaux en matière des droits de l'homme ont eu d'importantes répercussions sur le système judiciaire espagnol.

53. Se référant à l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Buchholz, le Gouvernement rappelle que des mesures ont été prises tendant à améliorer le fonctionnement de l'administration de la justice. Parmi ces mesures, le Gouvernement mentionne la loi organique du 10 janvier 1980 par laquelle a été institué le Conseil supérieur de la Magistrature (Consejo General del Poder Judicial) et la loi organique du pouvoir judiciaire du 1er juillet 1985. D'autres dispositions ont été en outre adoptées afin de mettre en fonction de nouveaux tribunaux et d'augmenter le nombre de juges et de fonctionnaires des tribunaux, notamment dans les grandes villes et les régions industrielles et touristiques.

(bb) Les circonstances particulières de la présente affaire

54. Se référant aux renseignements fournis au sujet de la situation des tribunaux de la ville de Barcelone, le Gouvernement allègue que le retard subi dans le déroulement de la procédure a été motivé par des circonstances exceptionnelles, telles que l'afflux de dossiers au tribunal de première instance n° 9, la maladie du juge en fonction près le tribunal et l'institution d'une nouvelle chambre civile à la cour d'appel. Dans cette situation exceptionnelle, les affaires ont été traitées en tenant compte de leur importance ou de leur intérêt, ainsi que de l'activité ou de l'inactivité des requérants.

55. Le Gouvernement conclut que, bien qu'une situation exceptionnelle ait prévalu dans le déroulement de la procédure litigieuse, les autorités espagnoles ne sauraient être tenues pour responsable du retard de la procédure.

11681/85

IV. AVIS DE LA COMMISSION

A. Point en litige

56. La Commission est appelée à se prononcer sur la question de savoir si la durée de la procédure civile (action en réclamation d'une somme) intentée par la société requérante devant les tribunaux espagnols a excédé ou non le "délai raisonnable" prévu par l'article 6 par. 1 de la Convention.

B. Le caractère raisonnable de la durée de la procédure

57. Aux termes de l'article 6 par. 1 de la Convention, "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)".

58. La Commission constate, en premier lieu, que l'applicabilité de l'article 6 par. 1 de la Convention dans la présente affaire n'est pas contestée entre les parties.

59. La procédure devant les juridictions civiles a débuté le 2 mai 1979 par la saisine par la société requérante du tribunal de première instance de Barcelone et s'est terminée le 12 mai 1986 par le prononcé de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la cour d'appel (Audiencia Territorial) de Barcelone.

Néanmoins, le point de départ de la période à prendre en considération dans la présente affaire ne coïncide pas avec la saisine du tribunal de première instance de Barcelone mais seulement avec la prise d'effet, le 1er juillet 1981, de la reconnaissance du droit de recours individuel par l'Espagne, conformément à l'article 25 de la Convention. Pour vérifier le caractère raisonnable de la durée postérieure au 30 juin 1981, il faut toutefois tenir compte de l'état où l'affaire se trouvait alors (Cour Eur. D.H., arrêt Foti et autres du 10 décembre 1982, série A n° 56, pp. 18-19, par. 53 ; arrêt Pretto et autres du 8 décembre 1983, série n° 71, p. 14, par. 30).

60. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure doit s'apprécier suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (voir en dernier lieu Cour Eur. D.H., arrêt Lechner et Hess du 23 avril 1987, série A n° 118, p. 16, par. 40 et suiv.).

Ainsi, seules des lenteurs imputables à l'Etat peuvent amener à conclure, le cas échéant, à l'inobservation du "délai raisonnable". D'autre part, ainsi que la Cour l'a déclaré à maintes reprises, le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie en tenant compte de la complexité de l'affaire, du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes (voir mutatis mutandis, Cour Eur. D.H., arrêt König du 28 juin 1978, série A n° 27, p. 34, par. 99 ; arrêt Buchholz du 6 mai 1981, série A n° 42, pp. 15-16, par. 49 ; arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81, avis de la Commission, p. 21, par. 67). A cet égard elle rappelle que selon la jurisprudence de la Cour, même lorsque la procédure se trouve régie par le principe du dispositif, les juges ne sont pas pour autant dispensés d'assurer la célérité voulue par l'article 6 § 1 (arrêt Buchholz du 6 mai 1981, série A n° 42, p. 16, par. 50, arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81, p. 14, par. 32).

11681/85

61. La Commission note par ailleurs que la procédure litigieuse a pris fin par l'arrêt rendu le 12 mai 1986 par la troisième chambre civile de la cour d'appel de Barcelone.

La procédure a ainsi duré au total sept années. La Commission ne saurait toutefois avoir égard qu'à la période de près de cinq années qui s'est écoulée après la reconnaissance par l'Espagne du droit de recours individuel.

La complexité de l'affaire

62. La Commission relève qu'il s'agissait en l'occurrence d'une action en paiement d'une somme dont la requérante s'estimait créancière, dirigée contre une société anonyme et quatre particuliers. A titre principal, l'action était dirigée contre la société anonyme et son administratrice. En outre, la requérante intentait deux actions subrogatoires.

63. Le Gouvernement considère que l'affaire a présenté des difficultés et fait valoir notamment qu'il y avait pluralité de parties. Il souligne que le dossier de la procédure comportait environ 1 400 pages. Pour la requérante, par contre, l'affaire n'est pas de nature complexe.

64. La Commission estime que la présente affaire, ainsi qu'il ressort du dossier, ne saurait être considérée comme complexe. En effet, bien que le Gouvernement ait souligné que le dossier de la procédure était volumineux, la Commission relève que ni les faits de la cause ni les questions juridiques soulevées ne paraissent avoir présenté de difficulté particulière.

Le comportement de la requérante

65. La Cour et la Commission ont toujours estimé qu'en matière civile, où la procédure se déroule principalement à l'initiative des parties, le caractère raisonnable de la durée d'une procédure doit s'apprécier en prenant en considération la diligence dont a fait preuve la partie intéressée (voir Cour Eur. D.H., arrêt Pretto et autres du 8 décembre 1983, série A n° 71, p. 14, par. 33).

66. Le Gouvernement fait valoir que le comportement de la requérante, du fait qu'elle aurait pu saisir le Tribunal Constitutionnel plus tôt en se plaignant du retard de la procédure, a contribué à prolonger le déroulement de celle-ci.

67. La Commission estime que cet argument du Gouvernement n'a que peu de pertinence en l'espèce. En effet, lorsqu'elle vise la diligence de la partie intéressée, la jurisprudence de la Cour et de la Commission entend avant tout qu'au cours de la procédure, l'intéressé doit accomplir sans retard les actes qui lui incombent, ne pas faire usage de moyens dilatoires et utiliser les voies de droit qui conduisent à une accélération de la procédure ou une limitation des retards. Or, le Gouvernement ne reproche pas à la requérante d'avoir manqué à ce devoir au cours de la procédure devant le tribunal de première instance de Barcelone. A noter au contraire que, bien que cela ne constituât pas formellement une voie de droit, la requérante s'est plainte auprès du juge, par lettre du 10 juillet 1983, que le jugement n'ait pas encore été rendu.

11681/85

68. L'introduction d'un recours d'amparo auprès du Tribunal Constitutionnel n'a pas, en elle-même, l'effet de provoquer de la part du juge l'accomplissement d'un acte déterminé, tel le prononcé d'un jugement. Elle constitue principalement l'exercice (nécessaire, aux termes de l'article 26 de la Convention) d'un recours interne permettant d'établir la violation d'un droit garanti par la Constitution espagnole. Un tel recours peut avoir comme effet indirect, il est vrai, d'accélérer le déroulement de la procédure mais il ne peut être qualifié de remède prévu par le droit interne pour hâter l'examen des affaires.

Le comportement des autorités judiciaires

69. La requérante soutient que le Gouvernement défendeur est seul responsable du retard de la procédure, qui est dû essentiellement au mauvais fonctionnement de l'administration de la justice en Espagne. Plus particulièrement, il attire l'attention de la Commission sur la situation des tribunaux dans la ville de Barcelone.

70. Le Gouvernement conclut que, bien qu'une situation exceptionnelle ait prévalu dans le déroulement de la procédure litigieuse, les autorités espagnoles ne sauraient être tenues pour responsables du retard de la procédure car elles ont pris les mesures générales nécessaires pour améliorer la situation des tribunaux.

71. Quant à la procédure litigieuse, la Commission constate qu'en première instance celle-ci se trouvait en état d'être jugée dès le 28 décembre 1981, date de l'ordonnance de mise en délibéré. Depuis lors, il a fallu près de deux ans au tribunal pour élaborer et rendre son jugement.

72. Le Gouvernement explique ce retard considérable par la maladie du juge titulaire en 1982 et 1983, qui fut suivie de sa retraite, en juillet 1983. Selon le Gouvernement, un nouveau juge chargé du tribunal No 9 ne serait resté en fonction que deux mois à partir du 21 septembre 1983. La Commission note toutefois que le siège devait se trouver pourvu le 17 décembre 1983, puisque le jugement fut rendu à cette date.

73. En degré d'appel, la première chambre civile de la cour de Barcelone estimait le 13 septembre 1984 que l'affaire se trouvait en état pour la tenue d'une audience mais ne fixa aucune date pour celle-ci.

Selon les explications du Gouvernement, une nouvelle chambre (la troisième) fut créée auprès de la cour de Barcelone en juillet 1985 pour décharger les deux premières. L'affaire de la société requérante faisait partie de celles qui furent transférées de la première chambre à la chambre nouvelle.

74. Sans doute le transfert simultané de nombreux dossiers exigea-t-il un surcroît de travail administratif, ainsi que le Gouvernement le relève. Mais bien qu'elle fût prête à être plaidée depuis près d'un an et bien que la requérante ait déjà déposé vingt-deux mois plus tôt un recours d'amparo pour se plaindre de la durée de la procédure, l'affaire ne bénéficia d'aucune priorité et la fixation de la date de l'audience par la nouvelle chambre se fit attendre six mois encore.

11681/85

En revanche, une fois l'audience close, il ne fallut pas plus de six jours à la cour d'appel pour rendre son arrêt, qui ne compte d'ailleurs que six pages.

L'ensemble de ces circonstances donne à penser qu'en seconde instance, une affaire pouvant être traitée rapidement et sans difficultés particulières fut différée de dix-huit mois en pure perte.

75. Le Gouvernement fait valoir que des mesures ont été prises en vue de porter remède à la situation de crise que l'administration de la justice a connue en Espagne. En particulier, il fait remarquer que quatre nouveaux tribunaux de première instance furent institués à Barcelone en juillet 1981 et que de nouveaux arrondissements judiciaires furent aussi institués dans la région de Barcelone en mai 1982. En outre, une troisième chambre civile à la cour d'appel de Barcelone fut instituée en juillet 1985.

Par ailleurs, d'autres mesures ont été adoptées au niveau national. Parmi ces mesures, le Gouvernement tient à souligner l'adoption de la loi du 10 janvier 1980 par laquelle il a été institué le Conseil supérieur de la Magistrature et la loi organique du pouvoir judiciaire du 1er juillet 1985.

76. La Commission a déjà eu à connaître de situations où un accroissement considérable du nombre des procès place les Etats contractants devant des difficultés pour organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de juger les affaires dans un délai raisonnable, comme il est exigé par l'article 6 par. 1 de la Convention.

77. La Commission est consciente que l'Espagne a connu à cet égard des difficultés particulièrement graves vu la nécessité d'adapter d'anciennes structures, notamment en ce qui concerne l'administration de la justice, à un régime démocratique nouveau. La Commission relève d'autre part que des efforts ont été faits au niveau national et régional pour améliorer l'accès des justiciables aux tribunaux et le fonctionnement de ces derniers. Toutefois, il ne lui appartient pas ici de porter un jugement de caractère général sur l'organisation et le fonctionnement de l'administration de la justice en Espagne, mais uniquement de déterminer si la cause de la requérante a été entendue dans un "délai raisonnable", conformément à l'article 6 par. 1 de la Convention.

78. A cet égard, la Commission rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour, "la Convention astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1, notamment quant au délai raisonnable. Néanmoins, un "engorgement passager" du rôle n'engage pas leur responsabilité s'ils prennent, avec une promptitude adéquate, des mesures propres à redresser pareille situation exceptionnelle" (voir Cour Eur. D.H., arrêt Buchholz, série A n° 42, p. 16, par. 51 ; arrêt Foti et autres, série A n° 56, p. 21, par. 61 ; arrêt Zimmermann et Steiner du 13 juillet 1983, série A n° 66, p. 12, par. 29).

11681/85

79. En l'espèce, la Commission relève que, selon les déclarations du Gouvernement, les tribunaux de première instance de Barcelone qui, déjà en 1981 se trouvaient dans une situation difficile, ont connu en 1982 une forte augmentation du nombre de procès.

La Commission constate également que les mesures adoptées par le Gouvernement en 1981 et 1982 pour remédier à cette situation, quoique reflétant une volonté réelle de s'attaquer au problème n'ont abouti à aucun résultat en ce qui concerne le tribunal No 9 de Barcelone, qui n'a fait l'objet d'aucune mesure spécifique. Le Gouvernement a d'ailleurs lui-même admis que la situation de ce tribunal ne fut normalisée qu'en 1985.

80. En ce qui concerne la cour d'appel de Barcelone, il est vrai qu'une nouvelle chambre civile fut créée en juillet 1985, chambre à laquelle fut confiée la présente affaire. Il n'en reste pas moins que six mois s'écoulèrent encore avant que l'affaire ne puisse être audiencée.

81. Dès lors la Commission estime que l'ensemble des difficultés rencontrées par le tribunal puis la cour d'appel de Barcelone "ne peuvent plus être considérées comme transitoires, ni priver <la requérante> de son droit au respect du délai raisonnable" (arrêt Zimmermann et Steiner précité, série A n° 66, p. 13 § 32, arrêt Foti et autres précité, série A n° 56, p. 23, § 75).

82. Au total, prenant en considération l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Commission estime que la durée de la procédure à laquelle la société requérante était partie ne répond pas à la condition du "délai raisonnable" énoncée à l'article 6 par. 1 de la Convention. La Commission n'a pas à préciser à quelle autorité nationale ce manquement est imputable car se trouve en jeu en tout cas la responsabilité de l'Etat (arrêt Zimmermann et Steiner précité, série A n° 66, p. 13 par. 32).

C. Conclusion

83. La Commission conclut par 13 voix contre 1 qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 par. 1 de la Convention en ce que la cause de la société requérante n'a pas été entendue dans un délai raisonnable.

Le Secrétaire
de la Commission

(H.C. KRÜGER)

Le Président en exercice
de la Commission

(J.A. PROWEIN)

11681/85

DISSENTING OPINION OF SIR BASIL HALL

I do not share the opinion of the majority of the Commission that there has been a violation of Article 6 para. 1 of the Convention in that the proceedings brought by the applicant company were not heard within a reasonable time.

The proceedings before the court of first instance took 2 1/2 years from the day on which Spain recognised the competence of the Commission to receive individual petitions. During that period there was a substantial increase in the cases before the courts of first instance in Barcelona. Measures were taken to improve the situation, but necessarily some cases would have had priority and the Constitutional Tribunal has found that the proceedings brought by the applicant company did not justify priority treatment.

Proceedings on appeal took a further 2 1/2 years from 23 December 1983 until 12 May 1986. The court of Appeal at Barcelona too, was overburdened.

In July 1985 a third chamber was constituted to which the applicant company's case was transferred in September 1985. It was not a case of a kind to receive priority treatment. Judgment on the case was given on 12 May 1986.

The case was, in my view, not without its complexities, but in normal circumstances the times taken before the court of first instance and before the court of Appeal would have been too long. The circumstances were not normal. The Spanish authorities were faced with the situation that in Barcelona there was an unforeseen increase in the volume of civil litigation, with consequent increases in the times taken before cases were heard. In such a situation immediate remedial measures, such as the appointment of additional judges or the creation of new courts, are rarely practicable.

The court, in its judgment on the Buchholz case (6 May 1981, Series A no 42, p. 16, para. 51), remarked that "a temporary backlog of business does not involve liability on the part of Contracting States provided they have taken reasonably prompt remedial action to deal with an exceptional situation of this kind". It may be that in Spain, as in other Contracting States, there has been a steady increase in civil business, so that no longer can the backlog be said to be temporary. There is, however, no reason to suppose that the measures taken by the Government of Spain, at the time when the proceedings brought by the applicant company were in progress, did not constitute reasonably prompt remedial action to deal with the backlog in the light of what was then known. The subject-matter of the proceedings brought by the applicant company was not such that it should have received priority treatment either in the court of first instance or on appeal.

I accordingly do not consider that there has been a violation of Article 6 para. 1 in this case.

11681/85

ANNEXE I

HISTORIQUE DE LA PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

Date	Acte
a)	<u>Examen de la recevabilité</u>
5.07.1985	Introduction de la requête
2.08.1985	Enregistrement de la requête
3.03.1986	Décision de la Commission de communiquer la requête au Gouvernement défendeur (article 42 par. 2 b) du Règlement intérieur)
22.05.1986	Observations du Gouvernement défendeur sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête
11.07.1986	Observations en réponse de la requérante sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête
7.05.1987	Décision de la Commission de tenir une audience sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête
11.12.1987	Audience contradictoire devant la Commission. Délibérations et décision de recevabilité de la requête
b)	<u>Examen du bien-fondé</u>
7.05.1988	Examen de la procédure par la Commission. Décision de rédiger un rapport en application de l'article 31 de la Convention.
3 et 13.10.1988	Délibérations de la Commission sur le projet de rapport visé à l'article 31 de la Convention et adoption du rapport.

11681/85

ANNEXE II

DECISION DE LA COMMISSION

SUR LA RECEVABILITE

Requête No 11681/85
introduite le 5 juillet 1985
par Union Alimentaria Sanders S.A.
contre l'Espagne
enregistrée le 2 août 1985

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en
chambre du conseil le 11 décembre 1987 en présence de

MM. J.A. FROWEIN, Président en exercice (article 7 du
Règlement intérieur)

S. TRECHSEL
E. BUSUTTIL
G. JÖRUNDSSON
A.S. GÖZÜBÜYÜK
A. WEITZEL
J.C. SOYER
H. DANELIUS
G. BATLINER
J. CAMPINOS
H. VANDENBERGHE

Sir Basil HALL
MM. F. MARTINEZ
C.L. ROZAKIS
Mme J. LIDDY

M. J. RAYMOND, Secrétaire adjoint de la Commission ;

Vu l'article 25 de la Convention européenne de Sauvegarde des
Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

Vu la requête introduite le 5 juillet 1985 par Union Alimentaria
Sanders S.A. contre l'Espagne et enregistrée le 2 août 1985 sous le No de
dossier 11681/85 ;

Vu le rapport prévu à l'article 40 du Règlement intérieur de
la Commission, daté du 5 février 1986 ;

11681/85
Annexe II

Vu les observations écrites du Gouvernement du 22 mai 1986 ;

Vu les observations en réponse de la requérante du 11 juillet 1986 ;

Vu le rapport du 30 mars 1987 (article 40 du Règlement intérieur) ;

Vu les observations des parties présentées à l'audience du 11 décembre 1987 ;

Après avoir délibéré,

Rend la décision suivante. :

11681/85
Annexe II

EN FAIT

La requérante est une société anonyme, immatriculée au Registre du commerce de Madrid. Son siège social est à Madrid. Pour la procédure devant la Commission, elle est représentée par Me Francisco Ramos Mendez, avocat au barreau de Barcelone.

Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit :

Le 2 mai 1979, la société requérante introduisit devant le tribunal d'instance de Barcelone une action (juicio de mayor cuantía) en réclamation, entre autres, d'une somme dont elle était créancière. La demande introductive d'instance était dirigée contre une société anonyme et quatre particuliers. L'affaire fut attribuée au tribunal de 1ère instance No 9 (Juzgado de 1º Instancia No 9) de Barcelone.

Par ordonnance du 28 décembre 1981, l'affaire fut mise en délibéré.

Le 10 juillet 1983, la requérante adressa au juge une lettre se plaignant d'une violation de l'article 24, par. 2, de la Constitution (droit à un procès équitable et dans un délai raisonnable).

Le juge n'ayant pas statué, la requérante saisit le 21 octobre 1983 le Tribunal Constitutionnel d'un recours d'amparo pour violation de l'article 24, par. 2, de la Constitution.

Par jugement rendu le 17 décembre 1983, le tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone condamna la société anonyme défenderesse et Mme P., également défenderesse, à verser solidairement à la requérante la somme de 1.852.343,67 Pesetas, augmentée des intérêts, et débouta la requérante d'autres prétentions.

La requérante interjeta appel de ce jugement. L'affaire fut attribuée à la 1ère chambre civile de la cour (Audiencia Territorial) de Barcelone. Ayant procédé à divers actes de procédure, la chambre, par décision du 13 septembre 1984, déclara l'affaire en état pour une audience, sans toutefois fixer la date.

En septembre 1985, l'affaire fut attribuée à la 3ème chambre civile. Par décision du 17 mars 1986, cette chambre fixa au 6 mai 1986 la date de l'audience. Par arrêt rendu le 12 mai 1986, cette juridiction déclara l'appel partiellement recevable et annula le jugement attaqué en ce qu'il déboutait la requérante de ses conclusions à l'égard de Mme B., partie défenderesse.

Entre-temps, le Tribunal Constitutionnel avait rejeté, par arrêt du 23 janvier 1985, le recours d'amparo formé par la requérante. Le tribunal, ayant examiné la complexité de l'affaire, le comportement de la requérante et des autorités, ainsi que les conséquences que le retard de la procédure avait pu entraîner pour la requérante, et ayant tenu compte de la situation exceptionnelle de blocage existant au tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone, estimait que l'affaire n'exigeait pas un traitement prioritaire.

11681/85
Annexe II

Le 18 octobre 1986, la requérante a demandé au tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone d'assurer l'exécution du jugement du 17 décembre 1983. Cette demande n'a pas eu de résultat à ce jour.

GRIEFS

Devant la Commission, la requérante se plaint de la durée de la procédure devant les juridictions civiles et allègue qu'elle n'a pas bénéficié du droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. En particulier, la requérante fait valoir qu'un délai de deux ans s'est écoulé entre la date à laquelle le tribunal de 1ère instance a mis l'affaire en délibéré (28 décembre 1981) et celle du prononcé du jugement (17 décembre 1983). En outre, elle fait valoir que la durée de la procédure en appel a été excessive.

La requérante invoque l'article 6 par. 1 de la Convention.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

Le 3 mars 1986, la Commission a décidé, conformément à l'article 42 par. 2 litt. b) de son Règlement intérieur, de porter la requête à la connaissance du Gouvernement de l'Espagne et de l'inviter à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête, dans un délai échéant le 16 mai 1986.

Les observations du Gouvernement défendeur ont été présentées le 22 mai 1986, après que ce dernier ait sollicité une prolongation du délai imparti pour leur présentation. Les observations en réponse de la société requérante sont parvenues le 11 juillet 1986.

Le 7 mai 1987, la Commission a décidé d'inviter les parties à lui présenter oralement des observations complémentaires sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête (article 42 par. 3 (b) du Règlement intérieur). A l'audience, qui s'est tenue le 11 décembre 1987, les parties étaient représentées comme suit : le Gouvernement défendeur par M. José Luis Fuertes Suarez, Agent ; la requérante par Me Francisco Ramos Mendez, conseil.

ARGUMENTATION DES PARTIES

A. Le Gouvernement

1. Observations préliminaires

Le Gouvernement fait remarquer tout d'abord la situation existant aux tribunaux de 1ère instance de Barcelone. Sur ce point, il souligne que ces tribunaux ont connu en 1982 une forte augmentation du nombre des procès. En effet, selon le Rapport du Conseil Supérieur de la Magistrature pour 1982, chaque tribunal de 1ère instance a dû traiter cette année-là une moyenne de 1800 dossiers. Pour porter remède à cette situation, de nouveaux arrondissements judiciaires ont été institués dans la région de Barcelone par loi du 21 mai 1982. Par ailleurs, quatre nouveaux tribunaux de 1ère instance avaient déjà été institués à Barcelone par Décret Royal du 3 juillet 1981 et fonctionnaient depuis septembre 1981.

11681/85
Annexe II

La situation s'était nettement aggravée au tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone, le juge en fonctions ayant dû être à plusieurs reprises remplacé en raison de son état de santé. En effet, il aurait pris plusieurs congés de maladie au cours des années 1982 et 1983. Après sa retraite, le 27 juillet 1983, son siège demeura vacant jusqu'à la prise de fonctions du nouveau juge, qui eut lieu le 21 septembre 1983. Ce dernier n'étant resté à son poste que deux mois, le tribunal No 9 demeura à nouveau vacant. La situation au tribunal ne fut normalisée qu'en 1985.

Le Gouvernement défendeur fait observer également la situation de la cour d'appel (Audiencia Territorial) de Barcelone. A cet égard, il relève que jusqu'à l'institution et la mise en fonctionnement de la troisième chambre civile en juillet 1985, le nombre d'affaires dans les deux chambres existantes avait augmenté de 62 % entre 1981 et 1984.

La 3ème chambre civile étant entrée en fonction le 1er juillet 1985, elle s'est vu attribuer 964 affaires en instance devant la 1ème chambre et 586 affaires en instance devant la 2ème chambre. La reprise de ces affaires par la nouvelle chambre a comporté la communication du nouvel enregistrement aux parties, la désignation de nouveaux rapporteurs, et l'établissement d'un nouveau calendrier permettant de faire face à la situation créée par le retard accumulé. Les affaires qui ont bénéficié d'un traitement prioritaire ont été celles qui avaient trait à des problèmes familiaux, demandes d'aliments, baux d'habitation et baux ruraux, ou celles dont le traitement d'urgence s'avérait nécessaire en raison de leur caractère social.

Par ailleurs, le Gouvernement remarque que la promulgation en 1978 de l'actuelle Constitution espagnole et la signature et la ratification d'instruments internationaux en matière des droits de l'homme ont eu d'importantes répercussions sur le système judiciaire. Des mesures ont ainsi été prises tendant à améliorer le fonctionnement de l'administration de la justice. Parmi ces mesures, le Gouvernement tient à souligner la loi organique du 10 janvier 1980 par laquelle il a été institué le Conseil Supérieur de la Magistrature (Consejo General del Poder Judicial) et la loi organique du pouvoir judiciaire du 1er juillet 1985. D'autres dispositions ont été en outre adoptées afin de mettre en fonction de nouveaux tribunaux et d'augmenter le nombre de juges et de fonctionnaires des tribunaux, notamment dans les grandes villes et les régions industrielles et touristiques.

2. Sur la recevabilité de la requête

a) Le Gouvernement rappelle tout d'abord que, quant à la compétence ratione temporis de la Commission, l'Espagne n'a reconnu la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles, au sens de l'article 25 de la Convention, que dans la mesure où elles ont trait à des actes, décisions, faits ou événements postérieurs au 1er juillet 1981. A cet égard, le Gouvernement fait valoir que, bien

11681/85
Annexe II

que la société requérante ait introduit en mai 1979 l'action qui est à l'origine de la procédure en question, la période de temps à considérer pour l'examen de la durée de cette procédure ne débuterait que le 1er juillet 1981.

b) Le Gouvernement soutient ensuite que la société requérante ne peut se prétendre victime d'une violation de la Convention.

A cet égard, le Gouvernement allègue que les organes de la Convention ne constituent nullement une dernière instance ayant compétence pour condamner l'Etat espagnol à payer des intérêts, frais ou indemnités pour violation de l'article 6 par. 1 de la Convention, comme le prétend la société requérante. En particulier, il fait valoir ici que cette dernière n'a pas démontré avoir subi, en raison du retard de la procédure, d'autres préjudices économiques que ceux des intérêts d'un emprunt bancaire consenti en 1979 à sa demande afin d'indemniser les parties défenderesses au cas où le juge rejèterait la requête. Ces intérêts ne sauraient être cependant considérés comme un dommage.

Or, dans la mesure où la requérante n'a pas apporté des preuves quant aux prétendus dommages subis, elle ne peut pas se prétendre victime d'une violation de l'article 6 par. 1 de la Convention, au sens de l'article 25.

Le Gouvernement en conclut que la présente requête est incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention.

c) Par ailleurs le Gouvernement soulève une exception de non-épuisement des voies de recours internes.

Se référant à la date d'introduction de la requête (5 juillet 1985), le Gouvernement fait observer que deux jours plus tôt, soit le 3 juillet, la loi organique du pouvoir judiciaire était entrée en vigueur. Or, cette loi a réglementé la procédure relative à la responsabilité de l'Etat pour les préjudices causés par un fonctionnement défectueux de l'administration de la justice. En particulier, la loi précise que l'Etat est tenu de réparer les dommages causés par un fonctionnement défectueux de l'administration de la justice. Ces dommages doivent être effectifs, susceptibles d'évaluation économique et individualisés par rapport à une personne ou un groupe de personnes. La demande en indemnité doit être adressée au Ministère de la Justice. En outre, il est loisible au plaideur de former un recours contentieux contre la décision statuant sur cette demande (articles 292-297).

En particulier, le Gouvernement soutient que cette loi a un effet rétroactif. A cet égard, il fait valoir que le Ministère de la Justice a fait application de ladite loi à des faits antérieurs à son entrée en vigueur et relève que le principe de la responsabilité de l'Etat pour les préjudices causés par un fonctionnement défectueux de l'administration de la justice était déjà reconnu par l'article 121 de la Constitution.

11681/85
Annexe II

Par ailleurs, le Gouvernement relève que la requérante s'est uniquement plainte devant le Tribunal Constitutionnel de la durée de la procédure en première instance et affirme que, bien que cette juridiction eût estimé qu'il n'y avait pas eu une violation de l'article 24 par. 2 de la Constitution, il était loisible à la requérante d'utiliser la voie prévue par la loi précitée, ce qu'elle n'a pas fait.

Quant aux préjudices que le retard de la procédure en appel aurait pu causer à la requérante, le Gouvernement fait valoir qu'il appartenait à cette dernière de saisir le Ministère de la Justice d'une demande en indemnité, conformément à l'article 292 et suivants de la loi ci-dessus.

Le Gouvernement en conclut que, dans la mesure où la société requérante n'a pas utilisé la voie ouverte par la loi organique du pouvoir judiciaire pour demander à l'Etat une réparation des préjudices causés par un fonctionnement défectueux de l'administration de la justice, elle n'a pas satisfait à la condition relative à l'épuisement des recours internes, au sens de l'article 26 de la Convention.

3. Sur le bien-fondé de la requête

Afin d'examiner si la durée de la procédure mise en cause était ou non raisonnable, le Gouvernement a tenu compte des critères adoptés par la Cour européenne des Droits de l'Homme, à savoir la complexité de l'affaire, le comportement de la requérante et la manière dont l'affaire a été conduite par les autorités. Enfin, pour la notion même de "délai raisonnable", il a pris en considération la situation exceptionnelle existant dans les tribunaux civils de Barcelone, ainsi que les circonstances particulières de la présente affaire.

Par ailleurs, se référant à l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Buchholz, le Gouvernement rappelle les mesures prises en vue d'améliorer le fonctionnement de l'administration de la justice en Espagne, notamment dans la ville de Barcelone.

a) Quant à la complexité de l'affaire

Le Gouvernement relève qu'il s'agit en l'espèce d'une procédure engagée contre une société commerciale et quatre particuliers, dont trois ne résidaient pas à Barcelone. En particulier, il précise que l'action introduite avait pour objet la réclamation d'une somme dont la requérante était créancière, augmentée des intérêts légaux à partir de l'introduction de la requête. A titre principal, l'action était dirigée contre la société commerciale et son administratrice, Mme P., dont le mari, qui figurait comme associé, se serait enfui à l'étranger. En outre, la requérante intentait deux actions subrogatoires afin d'obtenir l'exécution d'un contrat d'achat d'un terrain acheté par la société défenderesse et l'inscription au Registre Foncier de l'achat de ce terrain ainsi que celle de deux autres terrains achetés par Mme P. et les époux PS. L'insolvabilité apparente de la société défenderesse et la non-comparution des quatre particuliers défendeurs ajoutaient à la complexité de l'affaire, dont le dossier volumineux comportait environ 1.400 pages.

11681/85
Annexe II

b) Le comportement de la requérante

Se référant au recours d'amparo formé par la requérante pour violation de l'article 24 par. 2 de la Convention, qui garantit le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable (*sin dilaciones indebidas*), le Gouvernement allègue que la requérante aurait pu utiliser cette voie bien plus tôt. A cet égard, il relève que l'affaire fut mise en délibéré en décembre 1981 et que le juge disposait d'un délai de 12 jours pour rendre le jugement, conformément à l'article 678 du code de procédure civile. Toutefois, la requérante n'a entrepris les premières démarches en vue de former un recours d'amparo qu'en date du 10 juillet 1983, soit un an et demi après la date à laquelle elle aurait pu saisir le Tribunal Constitutionnel en se plaignant du retard de la procédure. Par ailleurs, le Gouvernement souligne ici l'efficacité du recours d'amparo puisque, dans le cas d'espèce, la requérante a formé le recours le 21 octobre 1983 et le jugement en première instance a été rendu le 17 décembre 1983.

Quant à la procédure d'appel, le Gouvernement fait valoir que la requérante ne s'est pas plainte devant le Tribunal Constitutionnel de la durée excessive de cette procédure, raison pour laquelle la procédure a suivi le cours d'autres dossiers qui n'ont pas été considérés comme méritant un traitement prioritaire.

Se référant à la jurisprudence de la Commission selon laquelle "l'exercice du droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable est, en matière civile, subordonné à la diligence de la partie intéressée", le Gouvernement fait remarquer que le comportement de la requérante, qui n'a pas utilisé en temps utile le recours efficace permettant de porter remède à la situation en question, a contribué à prolonger le déroulement de la procédure.

c) Quant à la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires

Le Gouvernement renvoie ici aux arguments déjà avancés concernant la situation de crise que l'administration de la justice a connue en Espagne, en raison de l'adaptation des anciennes structures à un régime démocratique, et les mesures adoptées pour porter remède à cette situation. Ces mesures ont été prises avec la diligence et l'efficacité que la Cour européenne des Droits de l'Homme requiert dans son arrêt Eckle.

Se référant à nouveau aux renseignements fournis au sujet des tribunaux de Barcelone, le Gouvernement allègue que le retard subi dans le déroulement de la procédure a été motivé par des circonstances exceptionnelles, telles que l'afflux de dossiers au tribunal de première instance, la maladie du juge en fonctions près le tribunal et l'institution d'une nouvelle chambre civile à la cour d'appel. Dans cette situation exceptionnelle, les affaires ont été traitées en tenant compte de leur importance ou de leur intérêt, ainsi que de l'activité ou de l'inertie des requérants.

11681/85
Annexe II

Le Gouvernement en conclut que, bien qu'une situation exceptionnelle ait prévalu dans le déroulement de la procédure litigieuse, les autorités espagnoles ne sauraient être tenues pour responsables du retard de la procédure.

Le Gouvernement défendeur considère donc que les griefs soulevés par la requérante doivent être, en outre, rejetés comme étant manifestement mal fondés.

B. La requérante

1. Observations préliminaires

La requérante précise tout d'abord qu'elle ne prétend pas mettre en cause l'organisation et le fonctionnement de la justice en Espagne en général mais faire valoir que, dans le cas d'espèce, elle n'a pas bénéficié du droit à un procès équitable dans un délai raisonnable.

Toutefois, la requérante estime opportun d'attirer l'attention de la Commission sur le grand décalage existant actuellement en Espagne entre la législation concernant l'administration de la justice et la pratique quotidienne. Sur ce point, la requérante considère que les mesures prises pour remédier à la situation de l'administration de la justice en Espagne sont insuffisantes. La durée excessive des procédures devant les tribunaux espagnols, y compris le Tribunal Constitutionnel, n'a pas un caractère exceptionnel, comme le prétend le Gouvernement. Les statistiques révèlent que la situation peut devenir encore plus grave. L'Ombudsmah (*Defensor del Pueblo*), les ordres des avocats et les media ont manifesté à plusieurs reprises leur préoccupation à cet égard.

Dans la présente affaire, la durée excessive de la procédure est évidente. L'inactivité du tribunal de 1ère instance puis de la cour d'appel de Barcelone constitue, en outre, une violation des dispositions du code de procédure civile. La requérante rappelle notamment que, conformément à l'article 678 du code, le juge dispose d'un délai de 12 jours à partir de la mise en délibéré de l'affaire pour rendre le jugement.

Par ailleurs, il paraît étonnant que le jugement en première instance ait été rendu peu de temps après l'introduction d'un recours d'amparo et que l'arrêt en appel ait été rendu après l'introduction de la requête devant la Commission. De l'avis de la requérante, ni le recours d'amparo ni la saisine de la Commission ne devraient constituer les voies ordinaires pour accélérer le déroulement des procédures devant les juridictions espagnoles.

En ce qui concerne le tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone, la requérante fait valoir que le retard subi par la procédure en question ne saurait être imputable au juge en fonctions, qui a dû s'absenter pour cause de maladie, mais à l'état de pénurie existant dans les tribunaux de Barcelone. En effet, les périodes de plus en plus fréquentes pendant lesquelles les tribunaux restent sans

11681/85
Annexe II

Juge et la désignation de juges remplaçants afin de traiter les affaires urgentes constituent les motifs principaux de l'accumulation des procès et des durées excessives des procédures devant les tribunaux. En conséquence, l'argument tiré de la situation exceptionnelle du tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone ne peut être retenu pour justifier le retard de la procédure.

Quant à la cour d'appel de Barcelone, les retards des procédures sont tels que les audiences ne peuvent avoir lieu qu'un an après la déclaration de l'affaire en état pour audience. La requérante renvoie ici au Rapport du Conseil supérieur de la magistrature pour l'année 1985.

2. Sur la recevabilité de la requête

a) La requérante soutient que, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement défendeur, l'examen de la requête n'échappe pas à la compétence ratione temporis de la Commission.

Sur ce point, elle fait valoir que le point de départ de la période à prendre en considération par la Commission se situe au 28 décembre 1981, date à laquelle l'affaire fut mise en délibéré par le tribunal de 1ère instance de Barcelone. Or, cette date est postérieure au 1er juillet 1981.

b) La requérante soutient également qu'elle peut se prétendre victime au sens de l'article 25 de la Convention. Il est vrai qu'elle est une personne juridique. Cependant, dans le cas d'espèce, sa cause n'a pas été entendue dans un délai raisonnable. Elle est donc victime d'une violation de l'article 6 par. 1 de la Convention.

c) Quant à l'exception de non-épuisement, la requérante s'étonne que le Gouvernement ait pu soutenir qu'elle n'avait pas utilisé la voie de recours prévue par la loi organique du pouvoir judiciaire, entrée en vigueur le 3 juillet 1985, pour demander à l'Etat une réparation des dommages causés par le retard de la procédure.

Sur ce point, la requérante soutient tout d'abord que cette loi n'a pas un effet rétroactif et n'est pas applicable en l'espèce. A cet égard, elle relève que les tribunaux espagnols n'ont pas encore tranché cette question. En outre, la requérante fait observer que la voie de recours ouverte par la loi en question est destinée à obtenir une indemnité pour les préjudices causés par le fonctionnement défectueux de l'administration de la justice, alors que ses prétentions visaient à établir, au moyen d'un recours d'amparo, que sa cause n'avait pas été entendue dans un délai raisonnable.

Par ailleurs, la requérante affirme qu'il faudrait attendre cinq ans après l'introduction d'une action en réparation conformément aux dispositions de cette loi, pour que les tribunaux se prononcent à cet égard.

11681/85
Annexe II

Enfin, la requérante allègue que, dans le cas d'espèce, un tel recours serait voué à l'échec puisque le Tribunal Constitutionnel avait déjà estimé que la durée de la procédure n'avait pas dépassé un délai raisonnable.

3. Sur le bien-fondé de la requête

a) Quant à la complexité de l'affaire

La requérante soutient que l'affaire qui fait l'objet de la présente requête n'est pas de nature complexe. En effet, l'affaire ne pose pas de problèmes juridiques importants et le dossier n'est pas excessivement volumineux par rapport à la moyenne des dossiers. Par ailleurs, seule la société commerciale parmi les parties défenderesses a comparu devant le tribunal. La requérante fait valoir que l'inertie des autorités judiciaires est la vraie raison de la lenteur de la procédure, les tribunaux n'ayant pas besoin d'un long délai pour examiner l'affaire.

b) Le comportement de la requérante

La requérante conteste l'affirmation du Gouvernement défendeur selon laquelle elle aurait dû entreprendre des démarches afin d'accélérer la procédure. En l'espèce, elle a attendu avec patience que le tribunal de 1ère instance rende le jugement dans un délai raisonnable. Lorsque la requérante a estimé que le tribunal avait dépassé ce délai, elle a saisi le Tribunal Constitutionnel d'un recours d'amparo. En soutenant que la requérante aurait dû agir bien plus tôt, le Gouvernement défendeur méconnaît la réalité du fonctionnement de la justice en Espagne.

c) Quant à la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires

La requérante se réfère ici à ses observations au sujet du décalage existant entre la législation et la pratique quotidienne et souligne que les mesures prises pour remédier au mauvais fonctionnement de l'administration de la justice en Espagne se sont avérées insuffisantes. Des observateurs pourraient s'en apercevoir tout de suite au cas où ils se rendraient en Espagne afin de vérifier ces affirmations. Par ailleurs, la loi organique du pouvoir judiciaire n'est pas entrée en vigueur dans sa totalité. Le nombre d'affaires pendantes devant les tribunaux ne cesse d'augmenter et, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, la situation s'est aggravée.

EN DROIT

Devant la Commission, la requérante allègue la violation de l'article 6 de la Convention, considérant que la durée de la procédure engagée en mai 1979 devant les juridictions civiles espagnoles ne répond pas à la condition du "délai raisonnable" posée au paragraphe 1er de cette disposition. En particulier, elle fait valoir qu'un délai de deux ans s'est écoulé entre la date à laquelle le tribunal de 1ère instance a mis l'affaire en délibéré et celle du prononcé du jugement. En outre, elle fait valoir que la durée de la procédure en appel a été excessive.

11681/85
Annexe II

L'article 6 par. 1 de la Convention prévoit notamment que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un tribunal qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

Le Gouvernement fait valoir tout d'abord que la période de temps à considérer pour l'examen de la durée de la procédure en question ne débute qu'à la date de prise d'effet de la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel par l'Espagne, à savoir le 1er juillet 1981.

La Commission rappelle que l'Espagne n'a reconnu la compétence de la Commission de se saisir de requêtes individuelles que dans la mesure où celles-ci portent sur des actes, décisions, faits ou événements postérieurs à la date de sa première déclaration faite en application de l'article 25 de la Convention.

Elle rappelle également la jurisprudence de la Cour ainsi que sa propre jurisprudence selon laquelle, pour apprécier le caractère raisonnable de la durée d'une procédure qui s'est déroulée postérieurement à la prise d'effet de la déclaration d'acceptation du recours individuel par un Etat, il faut tenir compte de l'état où cette procédure se trouvait alors (voir notamment Cour Eur. D.H., arrêt Foti du 10 décembre 1982, série A n° 56, p. 16, par. 53 ; Foti c/Italie, rapport Comm. 15.12.80, par. 103).

La Commission relève qu'au 1er juillet 1981, la procédure en question était pendante devant les juridictions espagnoles depuis mai 1979 et que c'est donc seulement dans la mesure où celle-ci s'est poursuivie après le 1er juillet 1981 que la Commission est appelée à en apprécier la durée.

Le Gouvernement soutient ensuite que, dans la mesure où la requérante n'a pas démontré avoir subi un préjudice en raison du retard de la procédure, elle ne peut pas se prétendre victime, au sens de l'article 25 de la Convention.

De l'avis de la Commission, cette argumentation ne saurait être retenue. En effet, l'article 6 par. 1 de la Convention garantit à toute personne physique ou morale le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable, et cela abstraction faite de toutes considérations d'ordre économique.

(a) Quant à l'épuisement des voies de recours internes

Le Gouvernement a soulevé une exception de non-épuisement des voies de recours internes. A cet égard, il allègue tout d'abord que la requérante n'a pas utilisé la voie ouverte par la loi organique sur le pouvoir judiciaire, entrée en vigueur le 3 juillet 1985, pour demander à l'Etat une réparation du préjudice causé par un fonctionnement défectueux de l'administration de la justice. En effet, aux termes des articles 292 et 293 de cette loi, les dommages causés par un fonctionnement défectueux de l'administration de la justice donnent aux victimes le droit à une indemnité à la charge de l'Etat. En particulier, le Gouvernement soutient que cette loi a un effet rétroactif.

11681/85
Annexe II

La requérante conteste la thèse du Gouvernement selon laquelle ladite loi a un effet rétroactif et fait valoir, en outre, que la voie de recours prévue par la loi organique sur le pouvoir judiciaire est destinée à obtenir une indemnité alors que ses prétentions visaient à faire établir, au moyen du recours d'amparo qu'elle a formé, que sa cause n'avait pas été entendue dans un délai raisonnable.

En l'espèce, la Commission constate que la requérante, avant que la juridiction de première instance n'ait statué, a formé en octobre 1983 un recours d'amparo devant le Tribunal Constitutionnel en se plaignant du retard de la procédure et en invoquant l'article 24 par. 2 de la Constitution, qui garantit le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable (sin dilaciones indebidas). La requérante a donc exercé le recours spécifique existant en droit espagnol pour se plaindre de la durée excessive d'une procédure. En particulier, la Commission relève que le Tribunal Constitutionnel n'a pas dit que la requérante aurait dû exercer d'autres recours.

La Commission est d'avis que le Gouvernement n'a pas démontré qu'un recours sur la base de la loi organique du pouvoir judiciaire pouvait être considéré comme un recours effectif dans une affaire où la plus haute juridiction nationale, à savoir le Tribunal Constitutionnel, avait déjà décidé que la durée de la procédure n'avait pas dépassé un délai raisonnable.

Par ailleurs, le Gouvernement relève que la requérante s'est uniquement plainte devant le Tribunal Constitutionnel de la durée de la procédure en première instance. Dans la mesure où la requérante, devant la Commission, se plaint aussi de la durée de la procédure d'appel, la question se pose de savoir si elle aurait dû former un autre recours d'amparo pour se plaindre du retard de cette procédure ci.

L'article 26 de la Convention exige l'épuisement des seuls recours relatifs à la violation incriminée, accessibles et adéquats (Cour Eur. D.H., arrêt de Jong, Baljet et van den Brink du 22 mai 1984, série A n° 77, p. 19, par. 39 ; arrêt Englert du 25 août 1987, série A n° 123, p. 12, par. 32).

En l'espèce, la Commission relève que le Tribunal Constitutionnel, saisi par la requérante d'un recours d'amparo en octobre 1983 pour se plaindre de la durée excessive d'une procédure engagée quatre ans plus tôt, avait estimé que, compte tenu des conséquences que le retard de la procédure avait pu entraîner pour la requérante et de la situation de blocage existant au tribunal de 1ère instance No 9 de Barcelone, l'affaire n'exigeait pas un traitement prioritaire, et avait rejeté le recours. Il ne semble donc pas que la requérante aurait pu former avec quelque chance de succès un nouveau recours d'amparo se plaignant cette fois du retard de la procédure en appel qui a duré deux ans et cinq mois environ. A cet égard, la Commission rappelle sa jurisprudence selon laquelle "la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'exige pas l'exercice d'un recours manifestement dépourvu de toutes chances de succès" (No 7308/75, déc. 12.10.78, D.R. 16 p. 32).

11681/85
Annexe II

Dans ces circonstances, la Commission exprime l'avis que la requérante doit être considérée comme ayant épuisé les recours internes.

(b) Quant à l'article 6 par. 1 de la Convention

Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure relevant de l'article 6 par. 1 de la Convention doit s'apprécier dans chaque cas d'espèce, selon les circonstances de la cause. En matière pénale, la Cour européenne des Droits de l'Homme a pris en considération à cet égard, notamment la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes (voir, par exemple, Cour Eur. D.H., arrêt Ringelsen du 16 juillet 1971, série A no 13, p. 45 par. 110 ; arrêt Eckle du 15 juillet 1982, série A no 51, p. 35 par. 80). Elle a tenu compte des mêmes critères là où il s'agissait d'instances relatives à des droits de caractère civil (Cour Eur. D.H., arrêt König du 28 juin 1978, série A no 27, p. 34 par. 99 ; arrêt Buchholz du 6 mai 1981, série A no 42, pp. 15-16 par. 49).

Au regard de ces critères et prenant en considération les circonstances propres à la présente affaire, la Commission, après un premier examen de l'argumentation présentée par les parties, estime que le grief tiré par la requérante de l'article 6 par. 1 de la Convention ne peut être considéré comme étant manifestement mal fondé car il soulève des problèmes suffisamment complexes pour que leur solution doive relever d'un examen du bien-fondé de l'affaire. Par ailleurs, aucun autre motif d'irrecevabilité n'a été établi.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUÊTE RECEVABLE, tous moyens de fond étant réservés.

Le Secrétaire adjoint
de la Commission

(J. RAYMOND)

Le Président en exercice
de la Commission

(J.A. FROWEIN)



**COUNCIL
OF EUROPE**

**CONSEIL
DE L'EUROPE**

**COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

Affaire Unión Alimentaria Sanders S. A.

(16/1988/160/216)

Arrêt

[FSANDERS.ARR]BM

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

APPAIRE UNIÓN ALIMENTARIA SANDERS S.A.

(16/1988/160/216)

ARRET

STRASBOURG

7 juillet 1989

Le présent arrêt paraîtra prochainement dans le volume n° 157 de la série A des publications imprimées de la Cour, éditée par le Carl Heymanns Verlag KG, Luxemburger Strasse 449, D - 5000 Köln 41.

En temps voulu, le greffe en assurera une traduction espagnole non officielle.

SOMMAIRE¹

Arrêt rendu par une chambre

Espagne - Durée d'une procédure civile en paiement d'une créanceI. Article 6 § 1 de la ConventionA. Période à considérer

Point de départ : date de la prise d'effet de la déclaration espagnole d'acceptation du droit de recours individuel.

Fin : phase d'exécution encore pendante, mais première phase terminée avec la notification de l'arrêt de la cour d'appel.

Résultat : cinq ans, deux mois et treize jours.

B. Critères applicables

Caractère déraisonnable de la durée de la procédure : s'apprécie selon les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour.

Complexité de l'affaire : absence de difficultés de fait ou de droit spéciales.

Comportement de la société requérante : intéressée non tenue d'entreprendre des démarches impropres à abrégier la procédure - en l'occurrence, diligence et plainte au tribunal.

Comportement des autorités compétentes : deux périodes d'inactivité presque complète totalisant plus de trois ans et demi.

Prise en considération, par la Cour, des graves difficultés rencontrées par l'Espagne pendant le rétablissement de la démocratie et les efforts déployés pour améliorer l'accès des citoyens à la justice et transformer l'appareil judiciaire, mais rappel de l'obligation d'organiser celui-ci pour lui permettre de répondre à l'exigence du "délai raisonnable".

En l'espèce, caractère structurel de l'engorgement des juridictions - mesures prises, incomplètes et tardives déjà à l'époque.

Conclusion : violation (unanimité).

II. Article 50 de la Convention

Domage matériel : octroi d'une indemnité, évaluée en équité.

Frais et dépens : remboursement.

Conclusion : Espagne tenue de verser à la société requérante certaines sommes.

Références à la jurisprudence de la Cour

13.7.1983, Zimmermann et Steiner ; 10.7.1984, Guincho ; 25.6.1987, Milasi ; 26.10.1988, Martins Moreira

¹ Rédigé par le greffe, le présent sommaire n'engage pas la Cour.

En l'affaire Unión Alimentaria Sanders S.A.*,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention") et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit :

MM. R. Ryssdal, président,
J. Cremona,
Thór Vilhjálmsson,
F. Matscher,
R. Macdonald,
J. De Meyer,
J.A. Carrillo Salcedo,

ainsi que de MM. M.-A. Eissen, greffier, et H. Petzold, greffier adjoint,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 22 avril et 19 juin 1989,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCEDURE

1. L'affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") et le gouvernement du Royaume de l'Espagne ("le Gouvernement"), les 19 décembre 1988 et 20 janvier 1989 respectivement, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 de la Convention. A son origine se trouve une requête (n° 11681/85) dirigée contre l'Espagne et dont une société privée espagnole, Unión Alimentaria Sanders S.A., avait saisi la Commission le 5 juillet 1985 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration espagnole reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement à l'article 48. Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences de l'article 6 § 1.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement, la société requérante a exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et a désigné son conseil (article 30).

3. La chambre à constituer comprenait de plein droit M. J.A. Carrillo Salcedo, juge élu de nationalité espagnole (article 43 de la Convention), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 26 janvier 1989, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. J. Cremona, Thór Vilhjálmsson, F. Matscher, R. Macdonald et J. De Meyer, en présence du greffier (articles 43 in fine de la Convention et 21 § 4 du règlement).

* Note du greffier : L'affaire porte le n° 16/1988/160/216. Les deux premiers chiffres désignent son rang dans l'année d'introduction, les deux derniers sa place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

4. Ayant assumé la présidence de la Chambre (article 21 § 5 du règlement) et après avoir consulté chaque fois par l'intermédiaire du greffier l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et l'avocat de la société requérante, M. Ryssdal

- a constaté, le 10 février 1989, qu'il n'y avait pas lieu à ce stade de prévoir la présentation de mémoires (article 37 § 1) ;
- le 14 mars, a fixé la date des audiences au 21 avril 1989 (article 38 du règlement).

5. A des dates diverses s'échelonnant du 2 mars au 21 avril 1989, le greffier a reçu divers documents que le président l'avait chargé de se procurer auprès du Gouvernement, de la Commission ou de la société requérante, selon le cas.

6. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu immédiatement auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu :

- pour le Gouvernement

M. J.L. Fuertes Suárez, conseiller au ministère de la Justice, agent,
M. J.M. Morenilla Rodríguez, conseiller au ministère de la Justice, conseil ;

- pour la Commission

M. J.-C. Soyer, délégué ;

- pour le requérant

Me F. Ramos Méndez, avocat, conseil.

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M. Fuertes Suárez pour le Gouvernement, M. Soyer pour la Commission et Me Ramos Méndez pour la société requérante.

7. Celle-ci a déposé ses demandes de satisfaction équitable le 11 mai 1989 ; les observations y relatives de l'agent du Gouvernement sont parvenues au greffe le 22 mai. Quant au délégué de la Commission, il a fait savoir le 23 qu'il ne désirait pas en formuler.

EN FAIT

I. Les circonstances de l'espèce

A. Genèse de l'affaire

8. La société anonyme Unión Alimentaria Sanders exerce son activité dans l'industrie alimentaire et a son siège social à Madrid.

9. En 1974, elle conclut un contrat aux termes duquel elle financerait l'élevage de porcs, qui lui appartenaient, dans une ferme de la société Linconin S.A. En échange, cette dernière devait payer le prix des animaux et les frais financiers, mais en raison de son insolvabilité elle ne put honorer ses engagements ; entre temps, elle avait vendu les porcs.

Des poursuites pénales introduites contre Linconin S.A. et ses administrateurs furent classées à la suite d'une mesure générale de grâce.

B. La procédure devant le tribunal de première instance de Barcelone

10. Le 2 mai 1979, Unión Alimentaria Sanders S.A. assigna devant le tribunal de première instance (juzgado de primera instancia) de Barcelone, en paiement de la somme dont elle s'estimait créancière, Linconin S.A. et son administratrice, Mme P. Les jugeant insolvable, elle intenta en outre contre elles et trois particuliers, à titre subrogatoire, deux actions visant l'exécution et l'inscription au registre foncier de contrats d'achat de terres et d'une ferme par les deux premières défenderesses.

11. L'affaire fut attribuée au tribunal de première instance n° 9 de Barcelone, qui cita les défenderesses à comparaître. Cependant, une seule d'entre elles, Mme B., se rendit à la convocation, les autres étant introuvables. Elle souleva des exceptions préliminaires et présenta des observations sur le fond.

Le 27 novembre 1980, le juge invita les parties à fournir leurs moyens de preuve, ce qui eut lieu du 17 décembre 1980 au 26 mars 1981. Une fois cette opération terminée, il les pria de formuler leurs conclusions puisqu'elles ne demandaient pas d'audience. La société requérante le fit le 29 octobre, Mme B. le 12 novembre.

12. Par une ordonnance (providencia) du 28 décembre 1981, le juge mit l'affaire en délibéré (declaró los autos conclusos para sentencia). D'après l'article 678 du code de procédure civile, le jugement devait être rendu dans les douze jours, ou dans les quinze si le dossier contenait plus de mille cotes.

13. Le 10 juillet 1983, Unión Alimentaria Sanders S.A. écrivit au juge pour se plaindre d'une violation de l'article 24 § 2 de la Constitution, qui garantit "le droit à un procès public sans retards indus (sin dilaciones indebidas) et avec toutes les garanties".

Le 21 octobre 1983, elle saisit le Tribunal constitutionnel afin qu'il conclût à l'existence d'un tel retard, enjoignit au tribunal de première instance de se prononcer et proclamât le droit de la société requérante à une indemnité pour les dommages entraînés par ledit retard. Le Tribunal constitutionnel rejeta le recours (recurso de amparo) 23 janvier 1985 (paragraphe 17-19 ci-dessous).

14. Le 17 décembre 1983, le tribunal de première instance n° 9 accueillit en partie l'action : il condamna Linconin S.A. et son administratrice à verser solidairement à la demanderesse une somme de 1.852.343 pesetas 67, augmentée des intérêts légaux, et deux des défenderesses assignées à titre subrogatoire à exécuter le contrat de vente de certaines terres et à en provoquer l'inscription au registre foncier. En revanche, il débouta la société requérante de ses prétentions contre Mme B.

L'un de ses attendus de fait reconnaissait le retard mis à statuer, mais n'en indiquait pas les raisons.

C. La procédure devant la cour d'appel de Barcelone

15. Unión Alimentaria Sanders S.A. attaqua le jugement le 23 décembre 1983. Le dossier fut communiqué à la cour d'appel (Audiencia Territorial) de Barcelone le 25 avril 1984 et la cause attribuée en mai à la 1ère chambre civile de celle-ci.

Le 5 juin, la société requérante s'affirma prête à plaider ; le 10 juillet, la cour d'appel constata que les défenderesses se trouvaient déchuës de leur droit de formuler des observations écrites car elles n'avaient pas comparu.

Le 13 septembre 1984, après étude du dossier par le juge rapporteur, elle déclara l'affaire en état, sans toutefois fixer une date d'audience.

16. Une troisième chambre civile, créée entre temps, se vit charger de l'affaire le 27 septembre 1985, en application d'une décision du 4 septembre. Le 17 mars 1986, elle désigna un nouveau juge rapporteur et décida que les débats se dérouleraient le 6 mai.

Le 12 mai 1986, elle accueillit en partie l'appel de la société requérante et condamna Mme B. à rembourser à Linconin S.A. une certaine somme payée pour l'achat des terres ; elle confirma le jugement pour le surplus. Son arrêt fut notifié à la requérante par le tribunal de première instance le 13 septembre.

D. La procédure devant le Tribunal constitutionnel

17. Parallèlement à la procédure d'appel, le Tribunal constitutionnel examina le recours qu'Unión Alimentaria Sanders S.A. avait formé le 21 octobre 1983 (paragraphe 13 ci-dessus).

Il l'admit le 30 novembre, puis reçut les observations du ministère public, de la société requérante et de l'avocat de l'Etat (Abogado del Estado).

Le ministère public reconnaissait l'existence d'un retard indu, non expliqué par le tribunal de première instance, mais estimait qu'une fois reprise la marche normale du procès et prononcé le jugement, le recours ne visait plus qu'à une indemnisation. Quant à l'avocat de l'Etat, l'affaire lui semblait avoir perdu son objet.

18. Dans son arrêt de rejet du 23 janvier 1985, le Tribunal constitutionnel commença par écarter ces deux thèses ; il se prononça ensuite sur le fond :

"Après avoir passé en revue les critères relatifs à la complexité du litige et au comportement des autorités judiciaires et des parties, il convient d'examiner les répercussions du procès sur les droits et intérêts en jeu. Il s'agit là d'un des facteurs à considérer, ainsi que l'a souvent relevé la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêt Buchholz). Dans sa demande d'indemnité, le requérant n'a pas fait état d'autres conséquences du retard que celle relative à l'annotation conservatoire qu'il avait, pour se couvrir contre l'issue du procès, constituée avec caution lors du procès civil afin de prendre en compte l'éventuelle indemnisation des défendeurs, s'ils obtenaient gain de cause. Rien n'a été dit des répercussions concrètes de la durée du procès sur les droits ou intérêts du demandeur ; dans son exposé, celui-ci se borne à relever l'incidence susmentionnée de la mesure conservatoire prévue à l'article 42 de la loi hypothécaire, ainsi que des 'dommages moraux' sur lesquels il reste vague. Il apparaît ainsi que le facteur temps ne revêtait pas, en l'occurrence, une importance capitale. Comme seuls se trouvaient engagés les frais judiciaires et le montant de la caution, il ne semble pas que cette affaire dont était chargé le tribunal de Barcelone méritât de se voir accorder la priorité. Si d'autres litiges plus urgents étaient pendants, rien n'empêchait de leur accorder la priorité et de remettre provisoirement à plus tard la décision qui fait l'objet de l'actuel recours d'amparo.

Il faut également envisager ce qui est considéré comme la norme en matière de niveau d'activités et de rendement d'un tribunal, compte tenu du volume d'affaires à traiter. C'est à ce facteur que se réfère l'avocat de l'Etat quand il expose la situation non seulement du tribunal qui avait à connaître du litige sur lequel porte ce recours d'amparo, mais également des autres tribunaux de Barcelone chargés des procès ordinaires - et autres - relevant de leur compétence. Il souligne à cet égard l'accumulation temporaire d'affaires et y trouve l'une des justifications de la durée du procès qui nous intéresse. Ce facteur doit retenir l'attention de ce Tribunal, tout comme il a retenu celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a statué, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, sur des retards constatés au cours de différents types de procès. On peut, à titre d'exemple, citer l'arrêt Buchholz.

La durée d'un procès ordinaire portant sur une affaire complexe et très litigieuse, mais ne justifiant pas de se voir accorder la priorité, doit s'évaluer à partir de cet ensemble de facteurs et en fonction du temps total investi dans le procès. Dans la mesure où le droit à un procès sans retards indus ne se confond pas avec le strict respect des échéances judiciaires ni nécessairement avec l'absence de toute situation anormale, les retards enregistrés au cours du procès civil qui nous occupe ne suffisent pas pour autoriser à conclure à une violation de l'article 24 § 2 de la Constitution." (Boletín de Jurisprudencia Constitucional n° 46, février 1985, p. 152)

19. L'un des juges exprima cependant une opinion dissidente :

"(...)

Faute de justification dûment apportée par l'organe judiciaire, il nous reste à rechercher si la lenteur dont on l'accuse constitue ou non un 'retard' au sens de l'article 24. Même en admettant la pertinence des critères adoptés dans l'arrêt, l'auteur de cette opinion individuelle n'approuve pas l'application qui en est faite. La demande fut introduite le 2 mai 1979 et le jugement rendu le 17 décembre 1983. Une durée globale de plus de quatre ans et demi est en principe excessive si nous prenons en compte (...) le 'temps total investi dans le procès', et en particulier si nous rappelons que l'organe judiciaire ne nous a signalé aucune particularité de l'affaire pouvant justifier une telle lenteur. Faute de justification circonstanciée, on ne peut pas non plus (...) 'envisager ce qui est considéré comme la norme en matière de niveau d'activités et de rendement d'un tribunal'. En effet, étant normal ce qui correspond à la norme et non ce qui l'ignore, même si la norme est le plus souvent négligée, la lenteur traditionnelle des services de justice ne saurait être considérée comme 'normale'. En outre, si la durée des procès continuait à s'allonger, si le non-respect des normes de 'rendement des services de justice' se généralisait, et s'il fallait toujours se fonder sur ces circonstances 'anormales', mais courantes, pour mesurer le respect ou la violation du droit à un procès sans retards indus, la protection de ce droit fondamental se trouverait, par là même, réduite à néant. (...)." (ibidem, p. 154)

E. La demande en exécution de l'arrêt de la cour d'appel

20. Le 18 octobre 1986, Unión Alimentaria Sanders S.A. demanda au tribunal de première instance n° 9 de Barcelone l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel et la saisie des biens des défenderesses, dont elle donnait la liste. Cette demande demeure pendante.

II. La situation des juridictions de Barcelone

21. Dans son rapport pour 1982, le Conseil supérieur de la magistrature relevait que chacun des tribunaux de première instance de Barcelone avait dû traiter en moyenne 1.800 dossiers.

Ces mêmes juridictions sont restées dépourvues de juges pendant des périodes de plus en plus rapprochées, malgré le recours à des remplaçants pour des affaires urgentes. Tel fut le cas du tribunal de première instance n° 9 : le magistrat dut être suppléé à plusieurs reprises en 1982-1983 en raison de son état de santé. Il partit à la retraite le 27 juillet 1983 et l'installation de son successeur n'eut lieu que le 21 septembre 1983. Celui-ci quitta le poste deux mois plus tard, le laissant à nouveau vacant. Jusqu'au 22 février 1984, date à laquelle le nouveau juge titulaire prit ses fonctions, le juge titulaire du tribunal de première instance n° 1 de Barcelone s'occupa, comme remplaçant, des affaires du tribunal n° 9 et c'est lui qui statua en l'espèce (paragraphe 14 ci-dessus).

22. Des difficultés analogues ont régné à la cour d'appel de Barcelone, au point que le Médiateur (Defensor del Pueblo) y consacra un chapitre de son rapport pour 1985 : il soulignait le grand nombre des plaintes relatives à la durée des procédures devant les chambres civiles et mentionnait l'enquête ouverte à leur sujet (Boletín oficial de las Cortes Generales, 15 septembre 1986, p. 125).

De 1981 à 1984, le volume du contentieux des deux chambres avait augmenté de 62 %. Deux postes de juges furent créés en 1983, mais l'insuffisance de cette mesure conduisit à instituer, en 1985, une chambre supplémentaire à qui l'on confia des causes pendantes devant les deux autres : 964 de la première et 586 de la deuxième. Il fallut en informer les parties, désigner de nouveaux rapporteurs et fixer un nouveau calendrier pour combler le retard en fonction du degré d'urgence des affaires.

23. En juin 1985, le conseil (Junta de Gobierno) de l'Ordre des avocats de Barcelone lança une campagne pour obtenir une amélioration des services de justice dans cette ville, au moyen d'un manifeste qui en janvier 1986 avait déjà recueilli la signature de mille avocats.

24. D'une manière plus générale, dans ses rapports pour 1983 et 1984 le Médiateur avait attiré l'attention de la Chambre des députés (Congreso de Diputados) sur la fréquence des griefs concernant les lenteurs de la justice et la difficulté d'obtenir l'exécution des jugements et arrêts. L'année suivante, il qualifia la situation d'alarmante ; elle s'expliquait selon lui, notamment, par le manque de personnel et les changements répétés de magistrats.

25. Aussi bien l'Etat espagnol a-t-il pris en la matière plusieurs mesures à l'échelle nationale. Ainsi, une loi organique du 10 janvier 1980 a institué le Conseil supérieur de la magistrature et la loi organique du 1er juillet 1985 sur le pouvoir judiciaire a réorganisé le système. Dans l'intervalle, un décret royal du 3 juillet 1981 a doté Barcelone de quatre nouveaux tribunaux de première instance, qui fonctionnent depuis septembre 1981, et une loi du 21 mai 1982 y a créé de nouveaux arrondissements judiciaires.

Enfin, une loi du 28 décembre 1988 a restructuré complètement l'administration de la justice. De 1989 à 1992, l'effectif des juges devrait passer de 2.000 à 3.570. Barcelone possédera 10 tribunaux de plus, moyennant la reconversion des tribunaux de district en tribunaux de première instance, ce qui portera le nombre de ceux-ci à 44 en 1992. Quant à la cour de Barcelone (Audiencia Provincial), elle devrait compter 64 magistrats.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

26. Dans sa requête du 5 juillet 1985 à la Commission (n° 11681/85), Unión Alimentaria Sanders S.A. dénonçait la durée de la procédure civile qu'elle avait engagée en mai 1979 devant le tribunal de première instance n° 9 de Barcelone ; elle l'estimait contraire à l'article 6 § 1 de la Convention.

27. La Commission a retenu la requête le 11 décembre 1987. Dans son rapport du 13 octobre 1988 (article 31), elle conclut par treize voix contre une à la violation de l'article 6 § 1. Le texte intégral de son avis et de l'opinion dissidente dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt*.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 6 § 1

28. La société requérante se plaint de la durée de l'examen de l'action civile qu'elle a engagée devant un tribunal de première instance de Barcelone le 2 mai 1979 ; elle invoque l'article 6 § 1 de la Convention, selon lequel

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)."

D'après la Commission, il y a eu dépassement du "délai raisonnable". Le Gouvernement combat cette thèse.

* Note du greffier : Pour des raisons d'ordre pratique, il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume 157 de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

A. Période à prendre en considération

29. La période à considérer a commencé avec la prise d'effet, le 1er juillet 1981, de la déclaration espagnole d'acceptation du droit de recours individuel. Pour vérifier le caractère raisonnable du laps de temps écoulé depuis lors, il faut pourtant tenir compte de l'état où l'affaire se trouvait à l'époque (voir, en dernier lieu, l'arrêt Milasi du 25 juin 1987, série A n° 119, p. 45, § 14).

30. Quant au terme du "délai", la Cour constate qu'il échet de distinguer entre deux phases : la première va jusqu'au 13 septembre 1986, date de la notification aux parties de l'arrêt de la cour d'appel de Barcelone ; la seconde correspond à la procédure d'exécution. Celle-ci, qui dépendait uniquement de l'initiative de la société requérante, a débuté le 18 octobre 1986 et demeure inachevée. La Cour se concentrera sur la première, qui s'étend sur cinq ans, deux mois et treize jours.

B. Critères applicables

31. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et en fonction, notamment, de la complexité de l'affaire et du comportement tant du requérant que des autorités compétentes.

1. Complexité de l'affaire

32. D'après le Gouvernement, l'affaire revêtait une certaine complexité : il y avait plusieurs défendeurs, qui faisaient l'objet de prétentions différentes, et les demandes à titre subrogatoire soulevaient des problèmes juridiques délicats ; en outre, le dossier comprenait quelque 1.400 pages.

33. La Cour estime au contraire, avec la Commission, que le litige ne présentait pas de difficultés de fait ou de droit spéciales. Elle ajoute qu'un seul des défendeurs comparut devant le tribunal de première instance et aucun devant la cour d'appel (paragraphes 11 et 15 ci-dessus), ce qui allégea la tâche de ces juridictions.

2. Comportement de la société requérante

34. Le Gouvernement souligne que d'après un principe de droit espagnol, la responsabilité de la marche de la procédure incombe aux parties. Or la société requérante ne saisit le Tribunal constitutionnel que le 21 octobre 1983 pour dénoncer la durée de la première instance, bien que la mise en délibéré remontât au 28 décembre 1981 (paragraphes 12-13 ci-dessus) ; en outre, elle ne formula jamais devant lui des griefs relatifs à l'instance d'appel. Elle aurait de la sorte contribué à prolonger l'ensemble de la procédure.

35. La Cour rappelle que pareil principe ne dispense pas les tribunaux d'assurer le respect des exigences de l'article 6 en matière de délai raisonnable (voir, entre autres, l'arrêt Martins Moreira du 26 octobre 1988, série A n° 143, p. 17, § 46). Elle estime, avec la Commission, que l'intéressé est tenu seulement d'accomplir avec diligence les actes le concernant, de ne pas user de manœuvres dilatoires et d'exploiter les possibilités offertes par le droit interne pour abrégier la procédure ; rien ne l'oblige à entreprendre des démarches impropres à cette fin (voir, *mutatis mutandis*, arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81, p. 15, § 34).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la société requérante témoigne de diligence et qu'elle se plaignit au tribunal le 10 juillet 1983 (paragraphe 13 ci-dessus). Il s'agissait là de l'unique ressource normale que lui fournit la législation espagnole. Le recours d'*amparo* du 21 octobre 1983 tendait pour l'essentiel à voir constater une violation de la Constitution et il fut rejeté le 23 janvier 1985 (paragraphe 13 ci-dessus). Même s'il aidait indirectement à accélérer la procédure, il ne saurait donc passer pour un moyen ordinaire d'atteindre ce résultat. En ce qui concerne l'instance d'appel, on comprend qu'Unión Alimentaria Sanders S.A. n'ait pas introduit un second recours d'*amparo*, puisque le premier avait échoué.

3. Comportement des autorités compétentes

36. La Commission et la société requérante critiquent en particulier deux longs laps de temps pendant lesquels les autorités judiciaires compétentes restèrent inactives.

La Cour relève qu'après avoir mis l'affaire en délibéré le 28 décembre 1981, le tribunal de première instance n° 9 de Barcelone attendit jusqu'au 17 décembre 1983 pour statuer (paragraphe 12 et 14 ci-dessus) ; en appel, la 1ère chambre déclara l'affaire en état le 13 septembre 1984, mais l'audience devant la 3e chambre n'eut lieu que le 6 mai 1986 (paragraphe 15-16 ci-dessus).

Ces deux périodes de passivité presque complète totalisent plus de trois ans et demi. Un tel retard ne saurait se justifier que par des circonstances très exceptionnelles (arrêt Guincho précité, série A n° 81, p. 15, § 36).

37. Le Gouvernement reconnaît qu'il y eut engorgement à l'époque, mais il souligne qu'une surcharge inhabituelle de travail pesait alors sur les juridictions de Barcelone en raison de l'augmentation du nombre des affaires. Celle-ci suivait le retour de l'Espagne à la démocratie et résultait de l'instauration de nouveaux systèmes judiciaires de protection, de la refonte de la législation et d'une tendance à s'adresser davantage à la justice. Face à cet état de choses les juridictions compétentes, y compris le Tribunal constitutionnel, auraient estimé que le présent litige ne revêtait pas un caractère urgent et ne méritait pas un traitement prioritaire.

L'Etat espagnol aurait adopté les mesures nécessaires pour redresser la situation. Elles concernaient notamment la ville de Barcelone, où elles consistaient à créer des tribunaux et des arrondissements judiciaires supplémentaires ainsi qu'une chambre de plus à la cour d'appel ; en outre, la loi du 28 décembre 1988 a restructuré complètement l'administration de la justice au niveau national pour mieux l'adapter aux besoins du monde moderne (paragraphe 22 et 25 ci-dessus).

38. La Cour n'ignore pas que l'Espagne a dû surmonter de graves difficultés pendant le rétablissement de la démocratie. Elle apprécie à leur juste valeur les efforts déployés par les autorités pour améliorer l'accès des citoyens à la justice et transformer l'appareil judiciaire du pays. Elle rappelle pourtant qu'en ratifiant la Convention, l'Espagne s'est obligée à organiser celui-ci de manière à lui permettre de répondre aux exigences de l'article 6 § 1, notamment quant au "délai raisonnable" (arrêt Guincho précité, série A n° 81, p. 16, § 38).

39. Il s'agit en l'espèce de juridictions de Barcelone, en particulier le tribunal de première instance n° 9 et la 1ère chambre de la cour d'appel.

Avant son départ à la retraite (27 juillet 1983), le magistrat du tribunal n° 9 dut être suppléé plusieurs fois pour des motifs de santé. Son successeur quitta son poste deux mois à peine après le 21 septembre 1983, date de son entrée en fonctions. Le nouveau juge titulaire assumait les siennes le 22 février 1984 ; jusque-là, le juge du tribunal de première instance n° 1 eut à s'occuper aussi des affaires du tribunal n° 9, dont celle d'Unión Alimentaria Sanders S.A. (paragraphe 21 ci-dessus). Cette situation coïncidait avec une époque de nette augmentation du nombre des causes.

Le même phénomène se manifestait également à la cour d'appel de Barcelone, dont le volume du contentieux doubla presque en cinq ans. Comme la création de deux postes supplémentaires de juges en 1983 ne permit pas de résorber l'arriéré, il fallut instituer en 1985 une nouvelle chambre, à laquelle fut attribué le dossier de la société requérante (paragraphe 22 ci-dessus).

40. Un engorgement passager du rôle d'un tribunal n'engage pas la responsabilité internationale d'un Etat contractant si ce dernier applique, avec la promptitude voulue, des mesures aptes à y remédier (voir, entre autres, l'arrêt Guincho précité, série A n° 81, p. 17, § 40). En pareil cas il est licite de fixer à titre provisoire un certain ordre de traitement des affaires, fondé sur leur urgence et leur importance. L'urgence d'un litige s'accroît cependant avec le temps ; en conséquence, si la crise se prolonge de tels moyens se révèlent insuffisants et l'Etat doit en choisir d'autres, plus efficaces, pour se conformer aux exigences de l'article 6 § 1 (voir notamment l'arrêt Zimmermann et Steiner du 13 juillet 1983, série A n° 66, pp. 12-13, § 29). Aux yeux de la Cour, le fait que de telles situations d'encombrement soient devenues courantes ne saurait excuser la durée excessive d'une procédure (voir *mutatis mutandis*, l'arrêt Martins Moreira précité, série A n° 143, p. 19, § 54).

41. En l'occurrence, les deux retards constatés - deux ans et plus d'un an et demi respectivement - apparaissent considérables et les juridictions concernées n'ont signalé aucune particularité de l'affaire propre à expliquer une telle lenteur (paragraphe 19 ci-dessus).

L'alourdissement de leur tâche était prévisible en raison non seulement des dispositions arrêtées après l'adoption de la Constitution de 1978 pour faciliter l'accès à la justice, mais aussi de la tendance, connue de longue date, à une forte émigration vers la Catalogne en général et Barcelone en particulier.

Enfin, le Médiateur et le conseil de l'Ordre des avocats de Barcelone avaient déjà souligné la gravité du problème (paragraphe 22-24 ci-dessus).

Cet état de choses s'étala sur plusieurs années, acquérant ainsi un caractère structurel. Or les mesures prises en 1981 et 1982 pour les tribunaux de première instance (paragraphe 25 ci-dessus), puis en 1983 et 1985 pour la cour d'appel (paragraphe 22 ci-dessus), s'avèrent incomplètes et tardives déjà à l'époque ; elles abrégèrent quelque peu les travaux de la cour d'appel, mais comme le relève la Commission elles n'eurent aucune influence sur la situation spécifique du tribunal n° 9 de Barcelone.

42. A la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour estime excessive la durée de la procédure litigieuse ; les indéniables difficultés rencontrées en Espagne ne pouvaient priver la société requérante de son droit au respect du "délai raisonnable".

Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

43. Aux termes de l'article 50,

"Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable."

A. Préjudice matériel

44. La société requérante revendique la réparation du préjudice matériel que constitueraient a) la dépréciation, consécutive à l'inflation, de la somme en litige (3.019.319 pesetas) et b) la commission bancaire relative à l'annotation conservatoire (63.510 pesetas - paragraphe 18 ci-dessus). Elle s'en remet pourtant à la sagesse de la Cour.

Le Gouvernement conteste le premier montant, au motif que les tribunaux internes peuvent ordonner le versement d'intérêts ; au sujet du second, il considère qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte la période postérieure à juin 1986.

45. La Cour estime qu'Unión Alimentaria Sanders S.A. a subi un dommage matériel qui ne se prête cependant pas à une évaluation précise. Statuant en équité comme le veut l'article 50, elle lui alloue 1.500.000 pesetas.

B. Frais et dépens

46. Au titre des audiences devant la Commission et la Cour, la société requérante demande aussi le remboursement a) d'honoraires d'avocat (1 peseta) ; b) de deux billets d'avion de Barcelone à Strasbourg et retour (190.170 pesetas) et de frais de séjour à Strasbourg (30.000 pesetas).

Le Gouvernement marque son accord.

47. La Cour estime qu'il échet d'octroyer les sommes en question, soit 220.171 pesetas en tout.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, A L'UNANIMITE,

1. Dit qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 ;
2. Dit que l'Etat défendeur doit verser à Unión Alimentaria Sanders S.A. 1.500.000 (un million cinq cent mille) pesetas pour dommage matériel et 220.171 (deux cent vingt mille cent soixante et onze) pesetas pour frais et dépens ;
3. Rejette la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 7 juillet 1989.

Rolv RYSSDAL
Président

Pour le Greffier

Berbert PETZOLD
Greffier adjoint

COMISIONES ROGATORIAS

LÍNEAS GENERALES DEL PROCESO PENAL ALEMÁN (INSTRUCCIÓN, JUICIO Y TENDENCIAS DE REFORMA) *

WOLFGANG SCHÖNE
Universidad de Göttingen
(República Federal de Alemania)

SUMARIO:

A) Fuentes y bases del proceso penal alemán: 1. Las fuentes principales; 2. Las bases del proceso penal alemán; 3. El esquema del proceso penal. — B) El proceso penal ordinario en su fase preliminar: 1. La panorámica del procedimiento preliminar; 2. La Fiscalía y su papel; 3. Los auxiliares de la Fiscalía; 4. La influencia del principio de oportunidad. — C) El proceso penal ordinario en su fase principal: 1. Panorámica del juicio oral (§§ 243 y ss. StPO); 2. Los principios básicos del juicio oral; 3. Los principios de la práctica de la prueba. — D) Perspectivas de reforma.

Una conferencia con tiempo limitado sobre las líneas generales del proceso penal de la República Federal de Alemania y las tendencias de su reforma, aunque se concentre en el procedimiento de investigación (*Ermittlungsverfahren*) y en el juicio oral (*Hauptverhandlung*), requiere una selección de las informaciones a exponer. Siguiendo tanto las indicaciones de las Autoridades, que tan amablemente me han invitado

* Texto de la conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas organizadas por la Xunta de Galicia los días 12 y 13 de diciembre de 1988, sobre las reformas orgánicas y procesales penales. El original castellano ha sido escrito por el propio Prof. Schöne, habiendo sido revisado por el Prof. Gómez Colomer.

a estas Jornadas (y a este precioso lugar que es Santiago de Compostela), como unos criterios muy subjetivos, trataré en primer lugar y en forma global las fuentes y las bases teóricas del proceso penal alemán. Después hablaré más detenidamente sobre el proceso ordinario desde su inicio hasta la sentencia en primera instancia profundizando de *lege data* y de *lege ferenda* algunos aspectos escogidos por su interés político-criminal: los principios de legalidad y oportunidad, el papel de la Fiscalía y su relación con la policía y la problemática de la prueba; quedarán excluidos, entonces, el sistema de recursos y la ejecución de la sentencia firme así como los «modos especiales» del procedimiento. El relato terminará con un breve comentario de la reforma procesal penal de mi país.¹

A) FUENTES Y BASES DEL PROCESO PENAL ALEMÁN

1. Las fuentes principales

El proceso penal se considera como el «sismógrafo de la Constitución», y esto con mucha razón: Toda reglamentación de esta materia tiene su base y su marco en la «Ley Fundamental (llamada de Bonn) para la República Federal de Alemania» del 25 de mayo de 1949² especialmente en las disposiciones sobre los derechos básicos (art. 1-19), sobre el principio del Estado de derecho (art. 20) y sobre el Poder Judicial y las garantías especiales de Justicia (*Justizgrundrechte*) de los arts. 92 ss. Las reglas detalladas se encuentran principalmente en la

1. Para una información más amplia, véase: GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985. Allí también los textos traducidos al castellano de la legislación alemana aquí citada.

De la bibliografía alemana reciente, véase: ESER, *Einführung in das Strafprozeßrecht*, Munich, 1983; KLEINKNECHT-MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38.ª ed., Munich, 1987; KMR, *Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 7.ª ed., Frankfurt a.M. 1988; KÜHNE, *Strafprozeßlehre*, 2.ª ed., Kehl a.Rh. — Straßbur 1982; LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, 24.ª ed., 5 tomos, Berlín-Nueva York, 1987 y ss.; PETERS, *Strafprozeß, Ein Lehrbuch*, 4.ª ed., Heidelberg, 1985; Pfeiffer (ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 2.ª ed., Munich, 1987; ROXIN, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch*, 22.ª ed., Munich, 1987; RUDOLPHI y otros, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Frankfurt a.M., 1988; RÜPING, *Das Strafverfahren*, 2.ª ed., Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1983.

2. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG). Hasta ahora existen 33 leyes modificadoras, la última de 21 de diciembre de 1983.

«Ordenanza Procesal Penal» de 1877 en la forma promulgada el 7 de abril de 1987,³ la «Ley de Tribunales Juveniles» en la forma promulgada el 11 de diciembre de 1974⁴ y la «Ley de Constitución de los Tribunales» de 1877 en la forma promulgada el 9 de mayo de 1975.⁵

2. Las bases del proceso penal alemán

Las fuentes mencionadas se comprenden mejor si se toman en cuenta ciertas bases teóricas de la reglamentación.

a) El derecho penal material no se realiza por sí mismo, sino que tiene que ser realizado. Esta conversión de una disposición abstracta en una reacción penal concreta no se produce automáticamente y a la vez; se requieren varios pasos: un «procedere». Si este procedimiento pretende ser eficaz, tiene que ser ordenado: Entra el derecho penal procesal, cuya función obliga a establecer (y determina el contenido de) las reglas para la obtención de una decisión sobre la sanción penal y, en caso de una decisión positiva, de su ejecución.

b) En cuanto al contenido de estas reglas, hay varias coordenadas del sistema vigente. Una de ellas es: El legislador alemán opta por la concentración de la tarea de realizar el derecho penal material en las manos del Estado atribuyéndole el «monopolio de poder». Esto conlleva por lo menos dos consecuencias. Si se prohíbe al ciudadano la aplicación de las leyes penales, el derecho reservado para el Estado debe ser acompañado por una obligación; por eso rige el principio de actuación *ex officio* (§ 152 inc. 1 StPO) y de legalidad (§ 152 inc. 2 StPO). Y como cada concentración de poder requiere limitación y control, el contrapeso necesario se encuentra en garantías personales y en la formalidad jurídico-procesal, que domina cada paso del procedimiento con el fin de proteger al inocente y de tratar correctamente al culpable. Sólo a título de ejemplo menciono las garantías constitucionales del juez legal y de audiencia jurídica (arts. 101, 103 GG) y el principio de publicidad (§ 169 GVG).

c) Hablando de inocentes y culpables: La meta del proceso no es

3. Strafprozeßordnung (StPO), modificada por ley de 22 de octubre de 1987 y por ley de 17 de mayo de 1988.

4. Jugendgerichtsgesetz (JGG), modificada por ley de 5 de octubre de 1978, ley de 8 de diciembre de 1981 y ley de 20 de diciembre de 1984.

5. Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), modificada por 27 leyes (últimamente por ley de 14 de abril de 1988).

el castigo del culpable —esto es la pretensión del derecho penal material—, sino la *decisión sobre una sospecha*, la sospecha de un comportamiento punible. Inherente a cada sospecha es la posibilidad de su descomprobación (o la imposibilidad de su comprobación). Frente a esto el sistema procesal penal alemán acepta, aunque no lo diga expresamente la legislación nacional,⁶ el principio de la presunción de inocencia y sobre todo su núcleo *in dubio pro reo*.

d) La mejor resolución de una sospecha es aquella basada en la *verdad objetiva*. A pesar de la duda de si una reconstrucción absolutamente fiel de eventos históricos está al alcance humano, la legislación alemana parte de la necesidad de un —por lo menos— intento de establecer esta verdad. Sin embargo, el principio correspondiente de «instrucción» o de «verdad material» consagrado en los §§ 155, 244 inc. 2 StPO no puede ser realizado sin conflictos con otros valores y derechos protegidos: el logro de la verdad no justifica, p. ej., la tortura.⁷ Por eso, y como dice nuestro Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), no es una base de la ordenanza procesal penal la investigación de la verdad «a todo costo».⁸ El interés legítimo por la aclaración total de los hechos ha de conformarse con una restricción de los métodos y de las vías del proceder debida a las exigencias (últimamente) de la *constitucionalidad*, y con otro aspecto más: Las actividades estatales en este ámbito, aunque tengan por objeto establecer la verdad objetiva con medios y en formas legalmente admitidos, no pueden continuar interminablemente; razones de (entre otras) *seguridad jurídica* requieren previsiones para el aceleramiento del proceso⁹ («principio de concentración») y su finalización.¹⁰

6. Cf. art. 6 inc. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

7. Ver § 136 a StPO.

8. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), tomo 14, pp. 358 y ss., 365.

9. Ver § 229 StPO. Otro ejemplo es el número reducido de recursos ordinarios y de instancias. La StPO conoce dos recursos contra una sentencia no firme —la «Berufung» (§§ 312 ss.) como control en cuanto a los hechos y al derecho, y la «Revision» (§§ 333 ss.) como control sólo en cuanto a la aplicación correcta de la ley—, pero admite las tres instancias correspondientes sólo respecto a sentencias del tribunal de menos competencia, el de comarca (Amtsgericht); la sentencia en primera instancia de un tribunal de distrito —«Landgericht»— o de un tribunal superior del distrito —«Oberlandesgericht» (competente para varios distritos)— sólo puede ser atacado por la «Revision».

10. Me refiero al instituto de la «cosa juzgada» y a las barreras erigidas por los §§ 359 ss. en cuanto a una «reapertura de un proceso terminado por sentencia firme» (Wiederaufnahmeverfahren).

Dicho con otras palabras: La legislación alemana trata de establecer en sus reglas un cierto equilibrio de los tres aspectos, verdad objetiva, constitucionalidad y seguridad jurídica, que apreciados cada uno por sí mismo están más que justificados, pero llevados a sus extremos inhibirían las pretensiones de los demás. A pesar de varios intentos de hacer fructífero el concepto de *fair trial*¹¹ como medio de «ajuste fino» resulta difícil definir el criterio de este equilibrio. Tanto en la aplicación de las reglas existentes como en la discusión de *lege ferenda* se nota un cierto movimiento de péndulo: entre acentuación de las garantías individuales y las exigencias de la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada,¹² entre procedimientos favorables a la resocialización del autor¹³ y el mejoramiento de la posición de la víctima¹⁴ o —para decirlo en forma más abstracta, pero no menos real— entre corrientes, que se orientan en el principio de *proporcionalidad*¹⁵ de la actuación estatal, y otras, que optan por la *efectividad*¹⁶ de la represión de la criminalidad. La verdad hay que buscarla, como dice un refrán alemán, ... en el medio.

e) La opción de concentrar la tarea de realizar el derecho penal material en las manos del Estado que lleva a los principios ya mencionados de actuación *ex officio* y de legalidad no prejuzga, como tal, el sistema «operativo» correspondiente. Considerando las experiencias históricas con el proceso inquisitivo el modelo alemán es, no sorprendentemente, el *acusatorio*: La investigación y, si se da, la acusación por un lado y la decisión sobre la acusación por el otro, están a cargo de distintos órganos estatales¹⁷ —la Fiscalía y el Tribunal—, y el Tri-

11. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Fallos del Tribunal Constitucional Federal) —BVerfGE—, tomo 26, pp. 66 y ss., 71; 46, pp. 210 y ss. Ver ROXIN, *op. cit.*, pp. 12, 59 y ss.

12. Ver como extremo: Ley Modificadora de la Ley de Introducción de la Ley de la Constitución de los Tribunales, de 30 de septiembre de 1977, llamada Ley de «Barreras de Contacto» (Kontaktssperregesetz).

13. Cf. los intentos de introducir un juicio bifásico dividido por un interlocutorio —según concepción— de culpabilidad o de hechos.

14. Ver: Primera Ley para el Mejoramiento de la Posición del Ofendido en el Procedimiento Penal, de 18 de diciembre de 1986, llamada Ley de Protección de la Víctima (Opferschutzgesetz).

15. Ver ROXIN, *op. cit.* pp. 11, 93.

16. BVerfGE 33, pp. 367 y ss., 383, como primer ejemplo. Cf. HASSEMER, *Die «Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege» — ein neuer Rechtsbegriff?*, en: *Strafverteidiger (StrV)*, 1982, pp. 275 y ss.

17. Una excepción poco relevante es la acción privada; ver más adelante en el texto.

bunal actúa y decide sólo en base a una acusación (§§ 155 inc. 1, 264 inc. 1 StPO).

3. El esquema del proceso penal

a) El proceso penal alemán en su *forma ordinaria* se divide en las partes siguientes:

1. El *procedimiento preliminar* (o de investigación) a cargo de la Fiscalía. Empieza con una «sospecha inicial» y termina después de todas las diligencias necesarias y posibles o con un sobreseimiento o con una acusación.

2. En el *procedimiento intermedio* (§§ 199 y ss. StPO) a cargo de los miembros letrados del tribunal, en donde se revisa la acusación en cuanto a la existencia de una «sospecha suficiente».¹⁸ Esta fase termina o por sobreseimiento o por la «admisión de la acusación».¹⁹

3. El *procedimiento principal* (§§ 213 y ss. StPO) consiste en la preparación del juicio oral por el presidente del Tribunal y, como «coronación del proceso», en el juicio oral (§§ 226 y ss. StPO), que termina con la sentencia (y la información sobre los recursos).

4. Si dentro del plazo fijado por la ley se ataca la sentencia, sigue el *procedimiento de recurso(s)*; ²⁰ en caso contrario la sentencia adopta el carácter de firme.

5. Una vez firme la sentencia (condenatoria) se realiza el *procedimiento de ejecución* (§§ 449 y ss. StPO) a cargo de la fiscalía.

b) Para completar el cuadro hay que mencionar brevemente unas *modificaciones* del proceso ordinario:

1. El *procedimiento «acelerado»* (§§ 212 y ss. StPO) permite prescindir de ciertas formalidades de la acusación y del procedimiento

18. Como «sospecha suficiente» se entiende una prognosis positiva en cuanto a un resultado condenatorio del juicio oral. Esta prognosis depende no sólo de la situación probatoria, sino también de la existencia de los llamados «presupuestos del procedimiento».

19. El valor de esta fase es discutible y discutido, pues la admisión de la acusación puede malinterpretarse como prejuicio del Tribunal. Por el otro lado hay que ver: Aunque la existencia de los presupuestos del proceso tiene que ser considerada de oficio en cada instante del procedimiento, es aquí donde el Tribunal por primera vez puede reaccionar frente de la falta de tales presupuestos —y esto es importante— sin exponer al acusado a la publicidad del juicio oral.

20. Ver nota 9.

intermedio, pero sólo en casos «idóneos» y ante el tribunal de menor competencia, el de comarca (*Amtsgericht*).²¹

2. El *procedimiento de «orden penal»* (§§ 407 y ss. StPO) permite al Tribunal dictar una sentencia sin juicio oral previo, pero —otra vez— sólo en los casos menos graves de la competencia del *Amtsgericht* y si se fija una reacción dentro de ciertos límites reducidos. Este procedimiento se convierte en la práctica muy frecuentemente en un procedimiento ordinario de primera instancia, si el acusado se opone formalmente a la orden penal escrita.

3. En el *procedimiento de acción privada* (§§ 373 y ss. StPO), que constituye la única excepción del monopolio de acusación de la Fiscalía, ciertas personas privadas, como el ofendido y sus representantes, pueden hacerse cargo de la acusación de algunos pocos delitos, siempre que la Fiscalía no constate un interés público en su intervención y actúe ella misma. Este tipo de procedimiento no tiene mucha relevancia práctica, pues el catálogo de aplicabilidad comprende sólo delitos menos graves (como p. ej., insultos y lesiones), que además —y sólo con dos excepciones— pertenecen al grupo de delitos «de solicitud penal» (*Strafantragsdelikte*), es decir, de delitos que ni el Fiscal puede procesar sin una solicitud formal por parte del ofendido.

B) EL PROCESO PENAL ORDINARIO EN SU FASE PRELIMINAR

La presentación del *procedimiento preliminar* se concentra en tres puntos: una panorámica de esta fase procedimental, la Fiscalía y sus auxiliares y la influencia del principio de oportunidad.

1. La panorámica del procedimiento preliminar

a) La Fiscalía abre la investigación cuando obtiene conocimiento de datos, que constituyen una «sospecha inicial» de un acontecimiento punible (§ 160 StPO). Esta sospecha puede basarse en una denuncia del *quivis ex populo*, una solicitud formal de parte del ofendido o en un conocimiento logrado en el desempeño del oficio o fuera del

21. La relevancia de este procedimiento es muy pequeña. En la discusión de *lege ferenda* se critican las reducciones de las garantías procesales, y por el otro lado se acentúan las ventajas de una reacción rápida frente a delitos como los de circulación y en conjunto con demostraciones o turbulencias en estadios de fútbol. Véase LÖWEN-ROSENBERG-RIBB, *op. cit.*, § 212, notas 4 y ss.

mismo; en este último caso la obligación de actuar existe, según la opinión dominante, sólo cuando se trata de delitos de mayor gravedad e importancia para el público. Si la información llega primero a la policía, ella —sin perjuicio de su obligación de pasar sin demora las actas levantadas a la Fiscalía— puede y debe empezar con la investigación con el fin de evitar cualquier oscurecimiento (§ 163 StPO). En tales circunstancias el juez de investigación (*Ermittlungsrichter*) actúa como «Fiscal de emergencia» (§ 165 StPO).

b) Una vez iniciado el proceso la Fiscalía tiene que investigar los hechos con el fin de facilitar una decisión sobre el sí o no de una acusación. En esto puede actuar ella misma o por sus auxiliares (§§ 160 y ss. StPO). A lo largo de sus diligencias puede citar e interrogar inculcados y testigos, emplear peritos, exigir información de parte de todos los órganos estatales y hacer uso de una serie de medidas coercitivas.

c) El inculcado puede servirse de un defensor en cada fase del proceso (§ 137 StPO). Si no lo hace, la ley prevé en los casos de defensa necesaria (§ 140 StPO) el nombramiento de un defensor *ex officio*, y esto de acuerdo con § 141 StPO ya en el procedimiento preliminar.

d) Una vez agotadas las posibilidades de investigación, la Fiscalía se encuentra ante la decisión acerca de si existe una sospecha suficiente para poder lograr una sentencia condenatoria. En caso negativo dicta un sobreseimiento por falta de sospecha (§ 170 inc. 2 StPO); en caso positivo se abre la bifurcación de un sobreseimiento por razones (a tratar más adelante) de oportunidad (§§ 153 y ss. StPO) o de una acusación (§ 170 inc. 1 StPO).

En contra de un sobreseimiento los §§ 172 y ss. StPO ofrecen un procedimiento especial (*Klageerzwingungsverfahren*), que permite al ofendido forzar, mediante la Fiscalía superiora y luego el Tribunal superior del distrito (*Oberlandesgericht*), una acusación. Años atrás este instrumento procesal garantizaba una supervisión bastante amplia de la actuación de la Fiscalía por parte de los tribunales independientes. Mientras tanto la influencia del principio de oportunidad ha reducido considerablemente su empleo. Esta actitud del legislador concede a la Fiscalía una autonomía (demasiado ??) grande en terminar un procedimiento sin control judicial.

2. La Fiscalía y su papel

El «dueño» del procedimiento de investigación no es un Juez de investigación, sino el *Fiscal*. La consecuencia del principio acusatorio para el legislador alemán es tanto la división de las tareas de investigar y acusar y de juzgar, como una estructura del órgano acusatorio en forma de Fiscalía totalmente separada de la de los tribunales (§ 150 GVG).

a) La Fiscalía es un órgano con una *estructura jerárquica y monocrática*:²² Los Fiscales son representantes del «primer funcionario de la Fiscalía» correspondiente y sometidos a sus órdenes; el Fiscal «jefe» tiene derecho de «sustitución» y de «devolución», es decir, de reemplazar al Fiscal, que actúa por sí mismo o por otros miembros de su entidad.

La «Abogacía del Estado» —término literalmente traducido— está organizada de manera tal que «junto a» cada tribunal existe una Fiscalía competente. Las Fiscalías que corresponden a los Tribunales de comarca, los Tribunales de distrito y los Tribunales superiores de distrito pertenecen al Estado Federado (*Bundesland*) y obran bajo la supervisión y dirección del Ministro de Justicia; la «Fiscalía General Federal» (*Generalbundesanwaltschaft*), que actúa junto al Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) —y a los Tribunales superiores, si ellos deciden en primera instancia—, depende del Ministro de Justicia del Gobierno Federal y no es superiora de las Fiscalías de los Estados Federados.

b) Una ojeada a las *tareas de la Fiscalía*: En el procedimiento preliminar el Fiscal es el destinatario de las denuncias y solicitudes penales; él dirige las investigaciones consiguientes (y obligatorias), se encarga del aseguramiento de las pruebas y decide sobre la posibilidad de una acusación dictando en caso negativo el sobreseimiento. En la fase principal, sobre todo en el juicio oral, el Fiscal representa la acusación y vigila sobre la aplicación correcta de las reglas del procedimiento. Más allá de la primera instancia el Fiscal decide sobre la necesidad de interponer recursos y representa a la Fiscalía en la(s) instancia(s) de recurso. Últimamente dirige la ejecución de una sentencia firme condenatoria e interviene, de acuerdo con la legislación individual de los Estados Federados, en los actos de gracia.

c) A pesar de los rasgos innegables de un cuerpo administrativo

22. §§ 144 y ss. GVG.

que se notan, v. gr., en su estructura jerárquica, la Fiscalía es un «*órgano autónomo de la jurisdicción*» que se distingue del cuerpo de los jueces por la falta de competencia para decidir con las consecuencias inherentes a una sentencia firme, pero comparte con el mismo el deber de obedecer sólo a los criterios de verdad y justicia.²³ Esta obligación de objetividad impide un papel de la Fiscalía (conocido en otros sistemas procesales) como parte; la ley demanda expresamente la investigación también de las circunstancias favorables al inculpado²⁴ (§ 160 inc. 2 StPO).

Lo que, quizás, causa un interrogante es la relación entre la posición autónoma del Fiscal y su dependencia de las órdenes de sus superiores y, finalmente, de su Ministro, es decir, de un órgano administrativo-político. Aunque se discutan detalles puede decirse lo siguiente: Órdenes de no-intervención a pesar de una sospecha o de intervención a pesar de la falta de una sospecha no obligarían, como también le demuestra por lo dispuesto en el Código Penal (*Strafgesetzbuch*) sobre el impedimento de la punición en desempeño de un cargo público (§ 258 a StGB) y sobre la persecución de inocentes (§ 344 StGB); una diferencia de pareceres permite al primer funcionario de la Fiscalía emplear su derecho ya mencionado de sustitución o devolución (§ 145 GVG), pero no le permite exigir del Fiscal una actuación concreta en contra de su conciencia y convicción jurídica. Todo esto rige para el ámbito del principio de legalidad; en cuanto a decisiones de oportunidad como la aplicación del criterio de «interés público» contenido, v. gr., en los §§ 153 y ss. StPO, la orden del superior tiene que ser obedecida.

3. Los auxiliares de la Fiscalía

En su misión de realizar el procedimiento de investigación, la Fiscalía depende de la colaboración de sus auxiliares, lo que sobre todo en caso de la policía plantea una cierta problemática incluso político-criminal.

a) Antes de entrar en este aspecto, una pequeña introducción sobre los auxiliares mismos:

23. Ver EBERHARD SCHMIDT, *Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde*, en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1964, pp. 629 y ss., y 713 y ss.

24. Ver también §§ 296 inc. 2, 365, 301, 365 StPO: interposición de recursos o de reapertura del proceso en favor del acusado.

1. Cuando se hizo una breve referencia a los medios coercitivos procesales a disposición de la Fiscalía, quedó sin tratar una consecuencia derivada del hecho de que estos medios afectan a ciertos derechos básicos del hombre: la libertad, la inviolabilidad del domicilio, etc. Esta consecuencia es la necesidad de una intervención judicial en forma de control o, en algunos casos, como por ejemplo, la prisión provisional, de manera tal que el Fiscal solicita y el Juez otorga. Este Juez es el llamado «Juez de investigación» (*Ermittlungsrichter*), quien a pesar de su denominación no investiga, sino que presta en virtud de su competencia exclusiva y prevista en la Constitución (v. gr., artículo 104 GG) un «auxilio *ex officio*» (*Amtshilfe*), sin quitar al Fiscal el dominio del procedimiento, pues tiene que cumplir con lo solicitado (sea conveniente o no para la investigación), si la medida es legalmente admisible: competencia para controlar la legalidad, no la idoneidad. La actividad del juez de investigación no pertenece entonces al campo de la jurisdicción;²⁵ su intervención le impide formar parte de un Tribunal, que luego decide sobre el caso.

2. Parte del procedimiento preliminar es la investigación de circunstancias pertenecientes al campo de la medición de una reacción penal (§ 163 inc. 3 StPO). Estas averiguaciones de gran importancia —sobre todo para la realización de un derecho penal material dedicado a la resocialización— son muy delicadas y de naturaleza personal. Por eso la ley permite al Fiscal servirse de un cuerpo de investigadores especializado y psicológicamente más neutral: la llamada «ayuda judicial» (*Gerichtshilfe*). Lamentablemente esta posibilidad es —por lo menos en los procedimientos contra adultos— más bien teórica, por la razón obvia de sus costos.

3. Según Kern la Fiscalía es una «cabeza sin manos»; por falta de órganos propios de ejecución ella emplea a la policía.

En la República Federal de Alemania la policía es —casi enteramente²⁶— parte de la competencia de los Estados Federados y depen-

25. Sólo en caso de ausencia de un Fiscal, el Juez de investigación puede desempeñar actividades investigadoras urgentes; pero entonces no actúa como Juez, sino como «Fiscal de emergencia», y con la obligación de pasar el caso cuanto antes a la Fiscalía (§§ 165 y ss. StPO).

26. La Constitución concede al Gobierno Federal sólo un número reducido de órganos policiales propios. Aquí interesan:

1) El «Bundesamt für Verfassungsschutz» (Institución Federal para la protección de la Constitución), que participa en forma auxiliar en la lucha contra delitos políticos; colecciona informaciones sin tener capacidad ejecutiva.

de del Ministro del Interior correspondiente; su misión originaria es la prevención de peligros (*Gefahrenabwehr*). En cuanto participa en las tareas de la persecución penal —lo que explica la existencia de departamentos especiales y especializados de «policía criminal», al lado de otros cuerpos policiales «de protección» (*Kriminalpolizei-Schutzpolizei*)— no pierde su carácter de una organización de la administración del interior (del poder ejecutivo), sino que ejerce sólo una función adicional que la ley le otorga: El § 161 StPO obliga tanto a las entidades policiales como a los funcionarios de la policía a cumplir con una solicitud o con un mandato de la Fiscalía.

Esta redacción del texto legal a primera vista redundante refleja un detalle importante de la relación entre Fiscales y policía que afecta tanto a las competencias de los funcionarios de la policía como a la «cadena de órdenes». En conjunto con la persecución penal, un funcionario de policía «normal y corriente» dispone sólo de los medios coercitivos de detención provisional, de identificación de una persona y de aplicación de ciertos métodos de identificación. Esto es un arsenal pequeño, y así se conoce en virtud del § 152 GVG un grupo legalmente seleccionado²⁷ de los llamados «funcionarios auxiliares de la Fiscalía» (*Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft*), que —sólo— para casos de urgencia tienen una competencia más amplia; ella comprende (un catálogo fijo de) derechos como, por ejemplo, el de registro, el de secuestro o el de revisión corporal de inculpados y testigos, etc. La figura del «funcionario auxiliar» sirve también para definir cómo el Fiscal impone su voluntad. La primera vía es indirecta; se trata de una solicitud dirigida a una entidad de policía, que se hace cargo del asunto de manera que el trabajo se distribuye según criterios internos y que el funcionario individual responde sólo a las órdenes de su superior. La segunda vía es directa y consiste en un mandato al funcionario auxiliar, que en este aspecto obedece inmediatamente al fiscal.

2) El «*Bundeskriminal (polizei) amt*» (Institución Federal de Policía Criminal), que con anterioridad era sólo una bolsa de información (miembro de Interpol) y un servicio central científico-técnico de peritos en materias de criminalística, pero que ahora también dispone de órganos ejecutivos. Su competencia es restringida y comprende la lucha contra la delincuencia organizada internacional y contra algunos delitos contra órganos constitucionales, así como contra diplomáticos y dignatarios extranjeros. Además, el «BKA» puede actuar a solicitud de un Estado Federado o (muy excepcionalmente) del Ministro Federal del Interior y en procedimientos de investigación a cargo del Fiscal General Federal.

2.7 Se trata de funcionarios de cierto rango mínimo y enumerados por la legislación (idéntica) de los Estados Federados.

La participación de la policía en la persecución penal depende no sólo de una solicitud o de un mandato de la Fiscalía, sino que también corresponde con una obligación propia de investigar posibles hechos punibles, pero (con respecto al papel de la Fiscalía como dueña del procedimiento preliminar) sólo en la forma de un derecho y deber de «primera acción»: Con el motivo de no perder tiempo en comunicar una sospecha a la Fiscalía y en esperar la reacción de la misma, la policía puede (y tiene que) realizar las diligencias investigadoras necesarias para evitar un oscurecimiento (§ 163 inc. 1 StPO); luego se entregan las actas «sin demora» a la Fiscalía (o al Tribunal de comarca, si se precisa urgentemente una intervención judicial).²⁸

b) El papel de la policía no carece de algunos aspectos problemáticos y de interés político-criminal:

1. Uno de ellos es el conflicto de competencias cuando en un caso concreto —v. gr., una toma de rehenes— se mezclan rasgos de la persecución penal con otros de la prevención de peligros. La tendencia de la actividad policial según prevalencia de la necesidad represiva o preventiva.²⁹

2. Un segundo aspecto se debe a la evolución de nuevas formas de la delincuencia (por ejemplo, terrorismo, delincuencia organizada y/o «viajante» en un mundo de fronteras abiertas) y al desarrollo rapidísimo de nuevas técnicas de investigación, basados, v. gr., en la computadora y en los medios electrónicos de comunicación. Cada mejora de la eficacia de la policía conduce a conflictos con las garantías individuales, sobre todo con el «derecho de autodeterminación respecto a informaciones personales» (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*) reconocido por el Tribunal Federal Constitucional.³⁰ Aunque ciertas opiniones favorezcan una interpretación del deber de la policía de investigar hechos punibles como base justificadora suficiente de los métodos modernos (y de vez en cuando llamados «de poca intensidad»), se requieren —a mi modo de ver— nuevas reglas como el § 163

28. Ver arriba sobre el Juez de investigación y su actuación como Fiscal de emergencia.

29. Existe un acuerdo administrativo de los Ministros de Justicia y del Interior del Gobierno Federal y de los Estados Federados (Anlage A zu den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren) de 1 de enero de 1977, con modificaciones posteriores.

30. BVerfGE 65, pp. 1 y ss.

de StPO.³¹ Esta nueva legislación deberá considerar también la cautela de una competencia exclusiva o por lo menos controladora del juez de investigación.

Otra área aquí relevante es el empleo, cada día más frecuente, de agentes clandestinos, sean funcionarios de policía o personas particulares «de confianza».³² Al lado del problema de derecho penal material de la punibilidad de hechos típicos cometidos (en cumplimiento de una orden o no) para ganar entrada en y la confianza de la «escena», surgen también cuestiones de carácter procesal: ¿En qué forma puede utilizarse el testimonio del agente, si por razones de seguridad o de táctica él no quiere o no se le permite aparecer en el juicio oral? ¿Constituye la provocación por parte del agente estatal un impedimento ya de proceder basado en la idea del *venire contra factum proprium*? Postergando por el momento la contestación de la primera pregunta hay que constatar, en cuanto a la segunda, que la jurisprudencia que en parte se había inclinado hacia el reconocimiento de una pérdida del derecho a una persecución penal y de una prohibición de proceder,³³ ahora sigue la dirección contraria de la «Gran Sala» del Tribunal Federal,³⁴ que considera la influencia de valor dudoso del *agent provocateur* sólo como un factor posible de la medición de la pena. La ciencia³⁵ sigue discutiendo la línea fina entre las necesidades de la persecución penal y las garantías constitucionales. En cuanto a una toma de posición del legislador no se ve, aunque sea aconsejable, ninguna señal.

3. El tercer aspecto³⁶ es la diferencia entre el ideal legislativo y la realidad: En vez de una Fiscalía, que forma el centro de la persecución penal y se sirve de sus auxiliares sólo en forma secundaria y técnica, en la vida diaria es la policía la que por varias razones, como su cercanía a los hechos, empieza con la investigación, y en un número

31. El § 163 d StPO reglamenta la «comprobación de bases de datos» (Schleppnetzführung), a saber, una diligencia basada en el almacenaje de datos personales (de individuos como tales de ninguna manera sospechosos) obtenidos con motivo, v. gr., de un control de fronteras.

32. Ver LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, en *Peters-Festschrift*, 1974, pp. 349 y ss.

33. Ver BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (UStZ)*, 1981, p. 70; *StrV*, 1984, página 4.

34. BGHSt (GS) 33, pp. 356 y ss.

35. Ver ROXIN, op. cit., pp. 125 y ss., con detalles.

36. Ver RÜPING, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften (ZStW)*, tomo 95 (1983), páginas 894 y ss.

significativo de los casos entrega a la Fiscalía las actas tan completas que para ella sólo queda la decisión sobre acusación o sobreseimiento; sirvan de ejemplo delitos masificados como los de circulación o los hurtos/robos en tiendas de autoservicio. En consecuencia existe una corriente que quiere amoldar la legislación vigente a esa realidad.³⁷

Ahora bien, si se quiere cambiar la relación entre Fiscalía y policía habría que pensar en dos modelos: integrar la policía («criminal») en la organización de la Fiscalía, o fortalecer la posición de la policía (hasta la incorporación de la Fiscalía como «puesto de control de legalidad»). La primera construcción —en cierta medida acercándose a una policía judicial (con antecedentes históricos nada malos)— tendría la ventaja de una organización uniforme con una cadena de órdenes más corta y directa, pero tampoco podría prescindir del empleo de los demás cuerpos policiales y todavía tendría que contar con el hecho de que el frente de primer contacto de los órganos estatales con la delincuencia quedaría siempre donde está la policía en general. La construcción opuesta llevaría, en sus extremos, a la pérdida por parte de la Fiscalía de la posición como órgano independiente del poder jurisdiccional y se amoldaría sólo a una situación más bien «estadística» sin tomar en cuenta la diferencia cualitativa de la persecución de distintos delitos; aunque, por ejemplo, los delitos de circulación o hurtos en autoservicios sean muy frecuentes, su investigación penal es relativamente simple, mientras tanto una delincuencia, digamos, económica o ambiental, requiere una «atención letrada» no sólo por las cuestiones legales inherentes a la materia misma, sino también por la mayor complejidad del empleo de medios coercitivos procesales. Pero todo esto todavía no es lo decisivo. Lo importante es la naturaleza distinta de la actividad de la policía y de la Fiscalía que prevalecerá independientemente de las estructuras orgánicas. La actuación de la Fiscalía debe verse —a diferencia de la policía— desde el punto de vista de sus *funciones* indivisibles no sólo en una parte, sino en la *totalidad del proceso*, considerando también que la fase preliminar es decisiva no sólo en virtud de la cualidad de las pruebas y de la verdad material de la sentencia posterior, sino también y sobre todo respecto a las exigencias de formalidad jurídico-procesal, legalidad y constitucionalidad del ejercicio del poder del Estado. Conviene, entonces, man-

37. Existe un anteproyecto del Ministro Federal del Interior para una «Ley sobre la relación entre Fiscalía y policía», del año 1978, que no ha madurado hasta un tratamiento parlamentario.

tener —por lo menos básicamente³⁸— el modelo «cooperativo» existente con un mandato de dirección de la fiscalía.

4. La influencia del principio de oportunidad

En mi país se habla de vez en cuando del derecho como «materia prima escasa»: ¿Qué hacemos, si la delincuencia supera los medios procesales? Una de las respuestas —al lado, por ejemplo, de la descriminalización total o parcial³⁹— es la introducción en el procedimiento del principio de *oportunidad*.

a) Los principios de legalidad y oportunidad, que en cuanto a su proveniencia están relacionados con las teorías absolutas y relativas de la pena, representan hoy en día la idea de la unidad e igualdad en la aplicación de las leyes penales («control del uso del poder estatal») el uno, y la necesidad de hacer concesiones a las posibilidades prácticas de la persecución penal el otro. El problema central es que se trasladan los criterios para la decisión entre acusación y sobreseimiento desde el ámbito de la ley general hacia el área de la discreción más bien personal del Fiscal (y/o Juez); por eso, es importante subrayar que se trata de una discrecionalidad (no de carácter libre, sino) vinculada con y por la idea general de proporcionalidad: el ejercicio del poder discrecional debe ser igual en casos iguales (y sometido en este aspecto a recursos ??).

Hablando de la decisión entre acusación y sobreseimiento: Cabe evitar el malentendido de que la idea de la oportunidad puede influir el comienzo del procedimiento. En esto rige rigurosamente el principio de legalidad; el Fiscal debe reaccionar frente a una sospecha inicial, y sólo cuando se dan los presupuestos de una acusación puede preguntarse por las razones para prescindir de ella.

b) Las posibilidades de un sobreseimiento (repito: no por falta

38. Naturalmente hay bastantes motivos y razones para la reforma de detalles: Un punto práctico e importante es una mayor información mutua de los funcionarios de la Fiscalía y de la policía sobre sus funciones y responsabilidades, pues no pocas veces las órdenes concretas de un Fiscal no respetan las experiencias de la labor de la policía y las dificultades de su rutina diaria, mientras tanto no menos veces un funcionario de policía carece de comprensión suficiente del porqué del control ejercido por la Fiscalía de sus —con perdón sea dicho— «instintos de caza».

39. Abolición total de tipos penales o conversión de hechos punibles en contravenciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten).

sino a pesar de una sospecha suficiente) han sido ampliadas muy considerablemente y corresponden a una variedad de criterios:

1. Algunas reglas pueden explicarse por la *ausencia de un interés suficiente* en una persecución penal alemana. Tal interés puede faltar en caso de un delito menor⁴⁰ por culpa pequeña del autor (§ 153 StPO). Al lado de la razón de insignificancia «absoluta», hay —consecuencia también de la «máxima de concentración»— la de la insignificancia «relativa» (§§ 154, 154 a StPO): la reacción a esperar sería de poca importancia al lado de una condena mayor por otros delitos. Un sobreseimiento es posible además allí donde el Código Penal concede al Tribunal la facultad de no imponer una pena (§ 153 b StPO), y también si el hecho ha sido cometido en el extranjero (§ 153 c StPO).

2. Un segundo aspecto es la *satisfacción* de los intereses de persecución *por otras vías*: El autor evita acusación y juicio público (!) en dos etapas: un sobreseimiento condicional combinado con mandatos como reparar daños, fomentar la beneficencia pública por trabajo personal o donación de dinero o cumplir con deberes de sostenimiento se convierte en sobreseimiento definitivo, si se ha realizado la condición dentro del plazo concedido (§ 153 a StPO).

3. Un sobreseimiento puede ser motivado también por la *prevalencia de otros intereses del Estado*, por ejemplo, en la protección de la República mediante el fomento de un desistimiento activo de ciertos delitos contra su seguridad (§ 153 e StPO), en la persecución de coacciones y chantajes posibilitada por la víctima que por su declaración corre el riesgo de incriminarse a sí misma (§ 154 c StPO), o en evitar daños para el bien común inherentes a la continuación de un proceso por ciertos delitos políticos (§ 153 d StPO).

4. Cabe mencionar la posibilidad de satisfacer el interés de persecución por *acción privada* del ofendido.

c) Las razones de oportunidad aquí expuestas pueden terminar el proceso antes y todavía después de la acusación, pasando con ella la competencia principal de dictar un sobreseimiento de la Fiscalía al Tribunal. Sin embargo, esta figura procesal tiene su mayor importancia práctica en la fase preliminar.

40. El StGB distingue delitos menores —«Vergehen»— y mayores —«Verbrechen»—; el criterio es el marco penal (abstracto): pena privativa de libertad mínima de más o menos de un año (§ 12).

Sin entrar en detalles, sigue habiendo casos en los cuales la Fiscalía necesita para un sobreseimiento de acuerdo con los §§ 153 ss. StPO el visto bueno del Tribunal competente; pero últimamente ha aumentado el número de disposiciones que permiten una decisión de la Fiscalía sin intervención judicial.

d) Esta información lleva a algunos apuntes de ninguna manera completos sobre la reglamentación en base del principio de oportunidad:

1. Hubo y hay una discusión animada sobre el valor del § 153 a StPO, y esto no sólo en cuanto al aspecto de la no-intervención del Tribunal en caso de delitos contra el patrimonio, lo que para algunos constituye una lesión del principio de la división de los poderes del Estado. Se critica también una comercialización del sobreseimiento, pues el 98 % de los mandatos consiste en una orden de pago de dinero, que además favorece al inculpado económicamente mejor librado y bien representado («justicia de clases»?). Otros hablan del peligro de «coacción» por parte de la Fiscalía: el inculpado inocente que espera un sobreseimiento por falta de sospecha suficiente, consiente en un sobreseimiento «pagado» con el cumplimiento de un mandato para evitar los riesgos o inconveniencias del juicio oral público. Y por último se invoca el principio de *nullum crimen sine lege* en el sentido de que el cumplimiento del mandato no es la única base del sobreseimiento, pues la «oferta» depende de la discrecionalidad de la Fiscalía.

2. El sobreseimiento por razones de oportunidad es, en principio, un no acusar a pesar de poder acusar. Esto presupone la existencia de una sospecha suficiente basada en una investigación *completa y exhaustiva* de los hechos. En esta idea general la ley permite una excepción: La decisión de negar el interés público en una persecución penal por insignificancia de la culpa (§ 153) puede tomarse ya cuando el estado de las diligencias posibilite la prognosis (fundamentada, v. gr., en la categoría del delito y en la dimensión del daño), de que aun profundizando en lo posible los esfuerzos investigadores no se llegaría nunca a constatar una responsabilidad penal excedente de los límites de la bagatela.

Sin duda, el motivo de este reglamento es muy aceptable en cuanto se quiere aliviar la reconocida gran sobrecarga de trabajo de la Fiscalía y de sus órganos. Pero, pienso, hay que ver un peligro: La posibilidad legal de abreviar la investigación puede causar un clima

general, y no limitado al ámbito del § 153 StPO, de «permisividad» respecto al vigor de la investigación que luego favorece una creciente desconfianza en la voluntad y capacidad del Estado de cumplir con su misión protectora; no es sólo y en especial la delincuencia grave lo que preocupa al ciudadano en su vida diaria.

A pesar de todas estas objeciones⁴¹ —a mi modo de ver bien fundadas— hay que reconocer que la regla defendida sobre todo por los juristas prácticos ha triunfado como forma de sanción informal en la realidad de la persecución penal;⁴² será difícil modificarla o reemplazarla por otras formas procesales.⁴³

3. Desde un punto de vista todavía más general, hay que constatar que en la República Federal de Alemania el principio de oportunidad reemplaza —por lo menos prácticamente— al principio de legalidad en todo el campo de la persecución penal de la delincuencia pequeña y mediana. Esto conduce a una cuestión imposible de analizar aquí en forma más profunda: ¿Hasta cuándo se pueden admitir concesiones a la oportunidad sin causar efectos contraproducentes para todo el sistema de la persecución penal por un procedimiento de aplicación general?

C) EL PROCESO PENAL ORDINARIO EN SU FASE PRINCIPAL

Con la admisión de la acusación empieza el *procedimiento principal*, que consiste en la preparación del juicio oral por el presidente del Tribunal y en el juicio mismo. En la parte que sigue, una breve panorámica del juicio oral servirá como punto de partida para una corta presentación de los principios que dirigen esta fase, y en especial de algunos aspectos de la problemática de la prueba.

1. Panorámica del juicio oral (§§ 243 y ss. StPO)

Habiendo anunciado formalmente la apertura del caso el presidente constata la presencia de todos los participantes y de las pruebas.

41. Ver DENCKER, *Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB*, *Juristenzeitung (J*)*, 1973, pp. 144 y ss., 149; ROXIN, *op. cit.*, p. 71, con detalles.

42. Ver RIEß, *Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 a StPO*, **eitschrift für Rechtspolitik (*RP)*, 1983, pp. 93 y ss.; KAISER, *Kriminologie*, 2.ª ed., 1988, pp. 914 y ss.

43. Ver *Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozessordnung, Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, 1980.

Después de la instrucción sobre los deberes y derechos de los testigos, que luego esperan su turno fuera de la sala, se interroga al acusado sobre su persona. Sigue la lectura de la acusación por el Fiscal. El presidente instruye al acusado en cuanto a sus derechos y toma, si él no prefiere el silencio, su declaración. La vista de las pruebas está dirigida por el presidente, que ordena la secuencia⁴⁴ y permite preguntas adicionales y comentarios. Cerrada la vista de las pruebas, la Fiscalía y la defensa presentan sus conclusiones y solicitudes teniendo el acusado la última palabra. El Tribunal se retira para su debate y la votación sobre la sentencia. Otra vez en sesión pública, el presidente lee la sentencia y comunica la versión oral de los fundamentos; luego termina el juicio informando formalmente sobre posibles recursos (§ 35 a StPO).

2. Los principios básicos del juicio oral

El desarrollo y los detalles de un juicio oral reflejan varios principios, que complementan aquéllos ya mencionados al inicio de la conferencia.

a) El Tribunal debe hacer de oficio todo lo necesario para investigar la verdad material. Esta es la fórmula más concentrada del *principio de investigación*, que libera al Juez de la voluntad de las partes (y de sus pactos), y le obliga a una aclaración total de los hechos.

b) La *máxima de concentración* pretende aliviar, en cuanto sea posible, la carga que constituye el juicio oral público (!) para una persona presumida inocente, y combatir el peligro de la pérdida de las pruebas. En consecuencia, se permiten sólo ciertas interrupciones de un juicio oral que al exceder estas limitaciones tiene que ser repetido. El problema político-criminal inherente es la larga duración de ciertos procesos «monstruos», que da lugar a discusiones sobre un presupuesto (negativo) de proceso, que impide su continuación en cuanto la carga para el acusado sería desproporcionada.

c) La garantía constitucional de *audiencia legal* (art. 103 inc. 1 GG) que concretiza también las ideas de la dignidad del hombre pro-

44. Esta facultad permite postergar la discusión de antecedentes criminales hasta el final de la vista, lo que significa un primer paso hacia una bipartición del juicio por un interlocutorio.

tegida por el art. 1 GG, y del Estado de Derecho (art. 20 GG), se «trauce» en realidades del procedimiento por medio de reglas formales sobre citaciones, peticiones de aclaración o pruebas adicionales, deberes del Tribunal —esto es muy importante!— de informar sobre cambios en la apreciación jurídica del caso, derechos de defensa y a la última palabra, etc.

d) No sólo, pero también en función de los mecanismos de control de la actuación de los Tribunales —aquí en forma de la participación de Jueces legos y de la presencia del público— rige el *principio de oralidad*: sólo lo que se introduce oralmente, v. gr., por interrogatorio de testigos o lectura (!) de documentos, puede ser base de la sentencia (§§ 261, 264 StPO). El punto «flojo» del reglamento es otra vez el proceso de larga duración con sus consecuencias negativas para la memoria de los participantes.

e) El *principio de publicidad* (§ 169 GVG) se considera como una «institución básica del Estado de Derecho».⁴⁵ Establecido en base de la lucha política del siglo pasado por el control del poder del Estado, hoy en día sirve para aumentar la confianza de los ciudadanos en la jurisdicción y el sentimiento de responsabilidad de los Jueces. Ligada también con ideas de la prevención general, la publicidad puede chocar con los intereses de la prevención especial; esto y el respeto por los derechos de la personalidad de los participantes es la razón de una serie de excepciones detalladamente reglamentadas y de discusiones de *lege ferenda*.

3. Los principios de la práctica de la prueba

a) El *principio de instrucción* ya mencionado parte del presupuesto hipotético de que el Tribunal *conoce* el derecho (*iura novit curia*) y *desconoce* los hechos y las pruebas. La reconstrucción —repeto: total— de los acontecimientos históricos que forman el contenido de la acusación se realiza por un procedimiento probatorio llamado «estricto», mientras tanto la averiguación de datos de importancia procesal⁴⁶ se considera «libre». El procedimiento probatorio «estricto» se distingue del «libre» por un *numerus clausus* de los medios de prueba —testigo, perito, documento, inspección ocular y (en cier-

45. Ver BGHSt 1, p. 335; 9, p. 281.

46. Por ejemplo, la edad de un testigo como presupuesto de un juramento puede averiguarse fuera del juicio (con presencia obligatoria de los participantes principales) por medio de una llamada telefónica.

ta medida) acusado— y por un procedimiento formalizado. La investigación de la verdad tiene límites en forma de pruebas ilícitas (a tratar más tarde). Debido también al derecho de audiencia legal, Fiscalía y acusado pueden tomar influencia sobre la vista de pruebas realizada por el Tribunal; como medio de codeterminar la investigación de oficio se admiten «solicitudes» y «sugerencias» de prueba (*Beweis- und Beweisermittlungsanträge*), indicando necesariamente la primera el hecho a comprobar y el medio a emplear. La diferencia se nota en el grado distinto de la libertad del Tribunal en negarse a lo solicitado (§ 244 StPO).

Volviendo a los límites de la investigación de la verdad, ante todo hay que subrayar que el tema es relevante no sólo en el campo del juicio oral, sino en todo el proceso. Partiendo de la famosa obra de Beling⁴⁷ ahora se conoce una verdadera gama de «prohibiciones de prueba» (*Beweisverbote*) que afectan tanto la «toma» (*Erhebung*) como el «uso» (*Verwertung*) de una prueba ilícita. Puede ser ilícita una prueba por su *tema* (v. gr., antecedentes criminales debidamente eliminados del «Registro Central Federal»), el *medio* (por ejemplo, testimonio de personas que posteriormente ejercen un derecho de no declarar) o el *método*: prohibición absoluta (v. gr., del método de tortura)⁴⁸ o relativa (por ejemplo, del método de tomar una prueba de sangre sin ser médico). Mucho más complicadas son las restricciones de basar la convicción judicial en una prueba obtenida a pesar de una prohibición: No existen muchas reglas como el § 136 a inc. 3 StPO, que expresamente excluye de la consideración por el Tribunal una prueba lograda por tortura u otros métodos similares. Por eso hay que apoyarse en un acuerdo práctico de la jurisprudencia y de la ciencia: así se ha considerado inadmisibles por razones constitucionales una grabación magnetofónica no consentida,⁴⁹ o un apunte en un diario personal secreto.⁵⁰ Naturalmente, lograr y mantener tal *consensus* es muy difícil, como demuestran las tendencias de apartarse de él cuando se trata de la persecución de delitos muy (?) graves.⁵¹

47. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, 1903.

48. Ver § 136 a StPO.

49. BGHSt 14, pp. 358 y ss.; ver también BVerfGE 34, pp. 238 y ss.

50. BGHSt 19, pp. 325 y ss.

51. BGH MDR 1987, pp. 952 y ss.: en caso de delincuencia grave —asesinato— los intereses de la persecución penal en utilizar como prueba un diario íntimo prevalecen sobre el interés individual de proteger la esfera privada.

Un área todavía abierta a discusión es una prohibición de utilizar los «frutos del árbol envenenado»; la jurisprudencia vacila.⁵²

Relacionado con los límites expuestos es el problema de la revisibilidad de una sentencia basada en la lesión de las reglas sobre pruebas ilícitas. Fracasado por lo menos —y con razón— el intento de distinguir entre disposiciones «de mera orden» (*Ordnungsvorschriften*), no revisables, y reglas materiales revisables, la jurisprudencia⁵³ sigue manteniendo la teoría del «perímetro legalmente protegido» (*Rechtskreistheorie*): según ella es revisable sólo la lesión de una regla que protege el ámbito de derechos del acusado. Pero, ¿hay reglas que al fin y a la postre no protegen al acusado?

b) La *máxima de inmediatez* en su aspecto formal impone la tarea de practicar las pruebas al Tribunal que está encargado de la sentencia; materialmente exige la reconstrucción del acontecimiento histórico por los medios (relativamente) más cercanos: no se puede utilizar el medio de leer un documento que, por ejemplo, contiene un relato de los hechos observados personalmente, si el medio más cercano —el testigo— está al alcance del Tribunal (§ 250 StPO).

Es aquí donde aparece otra vez la problemática de los agentes policiales clandestinos, cuya presencia en el juicio oral y público podría causar peligros para ellos mismos y para su utilidad en otras investigaciones actuales o futuras. Las limitaciones, por el § 250 StPO y por el derecho de los superiores de no permitir una declaración del funcionario sobre temas de su oficio, han tenido varias consecuencias: precauciones dudosas hasta una declaración en «cámara oscura», sin posibilidad alguna de preguntas directas por parte de la defensa,⁵⁴ la lectura de protocolos policiales basada en la «ausencia permanente» del testigo y la admisión de superiores informados por el agente como testigos de referencia.⁵⁵ Como el testimonio de referencia (declaración sobre lo que el testigo mismo ha escuchado) no lesiona el § 250 StPO, la jurisprudencia, incluso la constitucional⁵⁶

52. Pasos en favor de una limitación probatoria en BGHSt 29, p. 244, y más bien en contra en BGHSt 30, pp. 317 y ss.; 32, pp. 68 y ss.; BGH, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1987, p. 2525. El tema tiene importancia práctica sobre todo en el campo de la supervisión de conferencias telefónicas, lícita sólo en cuanto a un catálogo restringido de delitos.

53. BGHSt (GS) 11, pp. 213 y ss.; 31, 395 y ss.

54. Ver también BGHSt (GS) 32, pp. 115 y ss.

55. BGHSt 33, pp. 70 y ss.

56. BGHSt 17, pp. 382 y ss.; BVerfG, JZ 1967 1967, pp. 570 y ss.; BVerfGE 57, pp. 250 y ss.

admite esta figura insistiendo sólo en la obligación del Tribunal de hacer todo lo posible para acceder al testigo inmediato y, fallando esto, en considerar la debilidad de tal prueba para formar su convicción.⁵⁷ Todo esto ha provocado una polémica muy intensa,⁵⁸ sin que las críticas basadas en el derecho de audiencia legal y el principio de *fair trial* hayan podido superar el argumento constante de las «necesidades prácticas de la persecución penal».

c) La sentencia se basa —sólo— en los resultados del juicio oral, cuya *consideración y valoración* por el Juez es *libre*; no existen reglas formales de (una interpretación obligatoria de) la prueba.

d) Si el Tribunal no llega a tener la convicción de la punibilidad del acusado, se aplica en casos de duda respecto a los hechos la *máxima de «in dubio pro reo»*.

D) PERSPECTIVAS DE REFORMA

El cuadro del proceso penal alemán aquí presentado ni es completo ni carece de «manchas de belleza». Es un secreto a voces el que la llamada «gran reforma» del derecho penal material del año 1975 debería necesitar la compañía de una «gran reforma» de la legislación procesal penal. El legislador, que interrumpió sus esfuerzos correspondientes, anunciados en el año 1964 en favor de modificaciones parciales, deja de lado su intención de volver al intento de una renovación total de la reglamentación procesal penal.

Tal renovación tendría que reforzar las garantías de un Estado de Derecho, y considerar al mismo tiempo las exigencias de un Estado Social, buscando su equilibrio también frente a una delincuencia creciente y más complicada, por un lado, y la escasez relativa de los medios de la persecución penal por el otro. Los esfuerzos correspondientes pueden contar con los aportes de la ciencia procesal que, al lado de la discusión continua de temas de su especialidad, ha mejorado considerablemente los métodos y resultados de la investigación empírica del proceso, ha presentado una serie de proyectos de ley concretos,⁵⁹ y aprovecha las experiencias y sugerencias de la compa-

ración de sistemas extranjeros, a la cual se dedican también estas tan interesantes y fructíferas Jornadas de Santiago de Compostela.

57. Ver también BGHSt 33, pp. 178 y ss.; 34, pp. 15 y ss.

58. Información más detallada en ROXIN, *op. cit.*, pp. 277 y ss.; 283 y ss.

59. 1) *Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozeßordnung, Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, hrsg. von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Tübingen, 1980.

2) *Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozeßordnung, Reform der Hauptverhandlung*, hrsg. von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Tübingen, 1985.

3) *Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Verteidigung, Gesetzentwurf mit Begründung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1979.

4) *Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Untersuchungshaft, Gesetzentwurf mit Begründung*, Heidelberg, 1983.

Ver también: *Schreiber-Wassermann* (ed.), *Gesamtreform des Strafverfahrens, Internationales Christian-Broda-Symposium*, 1986, Darmstadt-Neuwied, 1987 (tomo 2 en preparación).

**EL OBJETO DEL REENVÍO PREJUDICIAL
DEL ART. 177 TCEE.
ACTOS SUSCEPTIBLES DE REENVÍO**

JAUME SOLÉ RIERA
Profesor ayudante de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Actos susceptibles de reenvío prejudicial para interpretación: 1. La noción de interpretación; 2. Los Tratados CEE, CECA, EURATOM; 3. Actos adoptados por las instituciones comunitarias: A) Actos del Consejo y de la Comisión; B) Actos del Tribunal de Justicia y del Parlamento; C) Actos emanados de otros organismos comunitarios; 4. Estatutos de los Organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos Estatutos lo prevean. — III. Actos susceptibles de reenvío prejudicial para apreciación de validez: 1. La noción de validez; 2. Actos del Consejo y de la Comisión; 3. Actos de otros Organismos comunitarios. — IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión prejudicial prevista en el art. 177 del Tratado CEE, mal llamada «recurso prejudicial», quizá sea el aspecto más representativo y, a la vez, justificativo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Diferentes razones se arguyen al respecto: así, se dice que es el principal mecanismo de cooperación de la Comunidad; o que es fundamento de toda la estructura jurídica comunitaria, poniendo de manifiesto lo que Pescatore destaca como la «existencia de un auténtico Poder Judicial Comunitario Europeo»,¹ integrado por una pirámi-

1. PESCATORE, P., *La estructura jurídica de las comunidades europeas*, en «Documentación Administrativa», n.º 185, enero-marzo, 1980, p. 23.

de compuesta en su base por todos los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros y en cuya cúspide descansa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Con independencia de cuál sea la razón, debido a la importancia numérica de reenvíos prejudiciales interpuestos al amparo del art. 177 TCEE, cabe examinar con cierto detenimiento la cuestión prejudicial planteada en virtud del mencionado artículo.

Establece el art. 93 de la Constitución española de 1978: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.» Por su parte, el art. 1.5.º del Código Civil es del tenor siguiente: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.»

Por último, el art. 2.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «El ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales.»

Señala Martín Arribas, que a partir del art. 93 de la Constitución española que posibilita la adhesión de España a la Comunidad Europea, y desde el art. 1.º5. del Código civil y art. 2.º1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que permiten que los Tratados internacionales suscritos y ratificados por España sean fuente directa de nuestro derecho y que los Tribunales internacionales determinados en las leyes y los Tratados internacionales posean el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se constata que nuestros Tribunales están avocados a un estrecho entendimiento con el TJCE, y a una profunda y completa colaboración.²

El enjuiciamiento de la cuestión prejudicial no compete con exclusividad al órgano jurisdiccional comunitario europeo, sino que lo comparte con el órgano judicial del Estado miembro que plantea la

2. MARTÍN ARRIBAS, *Manual de Derecho Procesal Comunitario*, Ediciones Akal, Sociedad Anónima, 1988, p. 74.

cuestión. La finalidad del procedimiento de reenvío prejudicial consiste, por un lado, en el control indirecto de la legalidad comunitaria, permitiendo la uniformidad de interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario por parte de todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y, por otro lado, en la colaboración entre los Tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional comunitario europeo, los cuales, dentro de sus propias competencias, contribuyen directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión, con objeto de asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros.³ También, cabe añadir, que el procedimiento de reenvío prejudicial con base al art. 177 TCEE desarrolla un papel en cuanto a medio de control de las infracciones al Tratado cometidas por los Estados miembros, control éste que se regula a través del recurso por incumplimiento recogido en los arts. 169, 170 y 171 del tratado CEE.⁴

Al principio, nos referíamos al mal llamado «recurso» prejudicial; en este sentido, cabe precisar que la cuestión prejudicial, aunque tiene naturaleza jurisdiccional, no es, en un sentido técnico procesal, un recurso, ni un proceso contencioso principal o autónomo, sino un simple incidente prejudicial originado en un proceso contencioso, y, como tal, accesorio del proceso principal;⁵ es, en resumen, un incidente que se presenta en un litigio principal seguido ante una instancia nacional, cuyo procedimiento es objetivo, en el sentido de que, en principio, no hay intervención de partes, sino que son los Tribunales, nacional y comunitario europeo, los que actúan; ello evita los reenvíos puramente dilatorios que podrían plantear las partes y acentúa la colaboración entre el Tribunal CEE y los Tribunales nacionales.⁶

Tema central del presente trabajo lo constituye el análisis de cuál sea el objeto de este procedimiento incidental. A tal efecto, y siguiendo las pautas de lo establecido en la letra del art. 177 TCEE, se ha distinguido el procedimiento para el examen de la «validez» de un acto comunitario, del procedimiento que persigue la «interpretación»,

3. PASTOR, M., *El sistema jurisdiccional comunitario europeo y su incidencia en el Ordenamiento español*, Revista *Tapia*, «España en Europa», II, n.º 25, p. 23.

4. MOLINA DEL POZO, *Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987.

5. MEGRET y otros, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, Bruselas, 1983.

n.º 44/1965, *Hessische Knappschaft/Maison Singer et fils*, Rep. 1965, p. 1.191; Sentencia de 27-3-1963, As. n.º 28 a 30/1962, DA COSTA en *Schaake*, Rep. IX, pp. 59 y 76.

6. MOLINA DEL POZO, *Procedimiento...*, p. 112. Vid. Sentencia de 9-12-1965, As.

tanto del presente Tratado como de los actos realizados por las instituciones de la Comunidad y los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo cuando estos así lo prevean.

II. ACTOS SUSCEPTIBLES DE REENVÍO PREJUDICIAL EN INTERPRETACIÓN

1. *La noción de interpretación*

La interpretación en derecho comunitario constituye el principal objeto del procedimiento previsto en los arts. 177 TCEE y 150 TCEEA.

Sólo cabe el reenvío prejudicial por interpretación cuando el mismo es necesario para la solución del litigio; ello es así porque se trata de un recurso de carácter incidental y, si no fuera necesario para solucionar el litigio principal, no tendría base y sentido su planteamiento.

La cuestión prejudicial tiene por objeto establecer la interpretación uniforme para toda la Comunidad, mediante complejas disposiciones de Derecho Comunitario, facilitando a su vez la aplicación uniforme del derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales en el conjunto de los Estados miembros.⁷ Con ello se quiere decir que debe haber un reparto de competencias, de tal modo que el TJ sólo puede interpretar dicho derecho, mientras que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales su aplicación; así se permite alcanzar dos objetivos, cuales son, de una parte la uniformidad de la jurisprudencia en materia comunitaria y, de otra parte, el respeto de la competencia y de la soberanía del juez interno.

El Tribunal de Justicia tendrá conocimiento de los hechos a través de la cuestión que se le plantea o del expediente que se le transmite, aunque la verificación de la exactitud o certeza de los referidos hechos escapan de su apreciación, dependiendo sólo del Juez nacional.⁸ La actuación del TJ ante el recurso prejudicial es similar a la que tiene el Tribunal Constitucional en la resolución de un recurso de amparo por vulneración de los Derechos Fundamentales, en donde sólo entra a estudiar la posibilidad de haberse violado o no alguno de los de-

7. MARTÍN ARRIBAS, *Manual...*, p. 126. Cita a este autor la Sentencia de 1 de diciembre de 1965, As. 16/1965, firma SCHWARZE, Rec. 1965, p. 1.095. También la Sentencia de 3 de abril de 1968, As. 28/1967, MOLKREI-Zentrale, Rec. 1968, p. 228.

8. *Vid.* Sentencia de 16 de marzo de 1978, As. 104/1977, OBHLSCHLAGER, Rec. 1978, p. 791.

rechos básicos, pero no cuestiona la certeza de los hechos objetivos que se le plantean, al ser esa función propia del Tribunal de instancia y no del Tribunal Constitucional.

También es necesario añadir que el TJ en el ejercicio de su competencia prejudicial no puede decidir sobre la interpretación del derecho nacional, pues de lo contrario actuaría sobre una materia sobre la cual en principio carece de competencia (así, la Sentencia de 19 de marzo de 1964 As. 75/63 Unger Rec. 1964, p. 347).

2. *Los Tratados CEE, CECA y EURATOM*

El Tratado CECA no prevé la posibilidad de un reenvío prejudicial en interpretación. Los demás Tratados sí lo prevén de forma expresa. El art. 177 TCEE se refiere en el inciso primero del párrafo primero al «presente Tratado». Esta expresión no se limita al texto del Tratado sino que abarca el conjunto de actos que poseen el mismo valor jurídico y que son los siguientes:

1. Protocolos incorporados como anexos al presente Tratado (artículo 239 del TCEE).
2. Los Anexos a los cuales el Tratado expresamente reenvía.
3. Los Tratados firmados posteriormente en relación estrecha con el Tratado CEE, ya que lo complementan o modifican, entre otros:
 - a) Convenio de 13.10.62 que revisa el Tratado con la finalidad de hacer aplicable a las Antillas neerlandesas el régimen especial de asociación recogido en la cuarta parte del Tratado CEE.
 - b) Convenio relativo a ciertas instituciones comunes (Roma 25.3.57), anejo a los Tratados de Roma, que unifica el Tribunal de Justicia y el Parlamento estructuralmente.
 - c) Tratado de fusión de los ejecutivos (Bruselas 8.4.65), que instituye un Consejo y una Comisión única.
 - d) Tratado modificativo de ciertas disposiciones financieras y presupuestarias (Bruselas 10.7.75 y Luxemburgo 21.4.70).
 - e) Decisión del Consejo de la Comunidad Europea de 20.9.76 y Acta sobre la elección de parlamentarios por sufragio universal directo.
 - f) Decisión del Consejo de 1.1.73 sobre adaptación de los art. 165 y 166 del Tratado CEE.
 - g) Tratado sobre modificación de ciertas disposiciones del Tratado de fusión de los ejecutivos (Bruselas 10.7.75).

4. Los Tratados de adhesión de nuevos Estados miembros, que se traducen en:

a) Tratado de 22.1.72, firmado en Bruselas, por el que se adhieren Dinamarca, Reino Unido e Irlanda.

b) Tratado de 28.5.79, firmado en Atenas, por el que se adhiere Grecia.

c) Tratados de 12.6.86, firmados en Lisboa y Madrid, por los que se adhieren España y Portugal.

d) Decisión del Consejo de la Comunidad Europea de 1.1.73, sobre adaptación de los actos relativos a la adhesión de nuevos Estados miembros.

3. Actos adoptados por las Instituciones Comunitarias

A) Actos del Consejo y de la Comisión

El Tribunal de Justicia es competente para interpretar mediante la cuestión prejudicial aquellos actos de carácter obligatorio emanados del Consejo y de la Comisión, tanto los incluidos en las fuentes obligatorias de Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones, según así establece el art. 189 del TCEE), como aquellos actos de carácter obligatorio que se incluyen entre los denominados *sui generis*, o sea, entre otros, reglamentos de régimen interior y decisiones *sui generis* que no tienen destinatario, siendo indiferente que los actos sean o no directamente aplicables para que sus disposiciones puedan ser objeto de reenvío prejudicial.⁹

Respecto a los actos no obligatorios emanados de Consejo y Comisión, el Tribunal no es competente para interpretarlos por vía prejudicial; sin embargo, la jurisprudencia se ha expresado en sentido contrario cuando una reglamentación nacional constituye claramente el desarrollo de uno de esos actos. Incluimos, entre ellos, los no obligatorios de derecho derivado —recomendaciones y dictámenes—, y los no obligatorios denominados *sui generis*, como las resoluciones, informes, declaraciones, programas de acción común, etc. Al respecto, destacamos la Sentencia de 15.6.76, Asunto n.º 113/1975, Giordano Frescaseti.

Cabe añadir, por entender que son actos asimilables a los del Consejo y la Comisión, y que además vinculan a la Comunidad, los acuer-

dos concluidos por la Comunidad, representada por el Consejo y la Comisión, con terceros países o con algunos Estados miembros u otras organizaciones internacionales, en los que el campo de intervención y el procedimiento son fijados por los Tratados (arts. 228 y 238 del Tratado CEE).¹⁰

En función del contenido de los arts. 235 y 75 del Tratado CEE son también susceptibles de reenvío las disposiciones pertinentes adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento.

Hay unos actos que el Tribunal no interpretará mediante el reenvío prejudicial, en la medida en que poseen un marcado carácter internacional y que, por ello, no han emanado de las instituciones de la Comunidad. Molina del Pozo destaca los siguientes:

a) Los Convenios concluidos por los Estados miembros en aplicación de una disposición del Tratado a menos que los propios Estados atribuyan al Tribunal expresamente competencia para interpretarlos; tal es el caso de los Protocolos firmados en Luxemburgo el 3.6.71, que atribuyen competencia al Tribunal para interpretar los dos convenios concluidos entre los Estados miembros en base al art. 220 del Tratado CEE. Estos son: el Convenio sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas de 29.2.68 y el Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia mercantil y civil de 27.9.68; también el Convenio sobre la patente comunitaria de 15.12.75 fue adoptado en base al art. 220 del Tratado CEE, aunque todavía no ha entrado en vigor (está publicado en el Diario Oficial de las Comunidades en 1976, serie L, pp. 1-43).

b) Los convenios concluidos por los Estados miembros no previstos por los Tratados, aunque su objeto aparece claramente ligado a su ejecución, con la misma salvedad expuesta en el inciso anterior.

c) Las decisiones de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, salvo cuando establezcan lo contrario.

B) Actos del Tribunal de Justicia y del Parlamento

El art. 177 TCEE hace referencia de forma expresa a la competencia que posee el TJ para pronunciarse a título prejudicial sobre la

10. Vid. CHEVALIER et MAIDANI, *Guide pratique article 177 TCEE*, y de RICHEMONT, *L'integration au droit communautaire dans l'ordre juridique interne, article 177 TCEE*.

9. MOLINA DEL POZO, *Procedimiento...*, p. 117.

interpretación y aplicación de los actos realizados por las instituciones de la Comunidad. El Parlamento Europeo es una institución de la Comunidad, ya que así aparece previsto en los arts. 7 TCECA, 4 TCEE y 3 TCEEA. De ahí que, si el Parlamento emite un acto con fuerza obligatoria para los Estados miembros, el Tribunal de Justicia, a requerimiento de un órgano jurisdiccional nacional, será competente para interpretar dicho acto; esta solución fue propuesta por el abogado general Lagrange, en 1964, en las conclusiones de la sentencia de 12 de mayo de 1964, Asunto 101/63. *Wagner contra Fohrmann et Krier*. Rec. 1964, p. 403.¹¹

Visto que el Parlamento, excepto en lo que se refiere a materia presupuestaria y el Reglamento de régimen interior, no es competente, por el momento, para dictar normas de derecho positivo susceptibles por sí mismas de ser objeto de un reenvío prejudicial en interpretación, sólo podrán ser las dos materias referidas las que fundamenten el reenvío prejudicial. Sin embargo, las perspectivas de crecimiento de la institución del Parlamento Europeo hacen que sea interesante poder tener en cuenta que los actos que surjan del Parlamento puedan ser susceptibles del control que supone el ser objeto de un reenvío como el previsto en el art. 177 TCEE.

Con respecto a los actos emanados del Tribunal de Justicia de la Comunidad, destacamos la opinión de *Chevalier y Maidani*,¹² en el sentido de que la interpretación dada por el Tribunal sobre la cuestión prejudicial constituye una definición auténtica de la norma jurídica interpretada, ya que no puede considerarse en sí misma más que en base a la interpretación del Tribunal.

En el ámbito de los actos emanados del Tribunal de Justicia, hemos de distinguir, por una parte, el recurso contencioso especial de interpretación de una sentencia, previsto en el art. 40 del Estatuto del Tribunal y regulado en el art. 102 del Reglamento de Procedimiento, en el que la sentencia que pretende interpretarse recae sobre todas las

11. FONSECA, *El presupuesto de las Comunidades Europeas: análisis jurídico*, IEF, Madrid, 1968, p. 99: «A pesar de que doctrinalmente sólo se admita esta posibilidad de interpretación por parte del TJEE en la ejecución de los aspectos del presupuesto que encajen en el apartado b) del artículo 177, hay que indicar aquí que el Parlamento Europeo ha mantenido en algún momento la opinión de que en materia de inscripción de gastos, si no hay acuerdo del Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, la única forma de resolverlo es acudir al Tribunal a dirimirlo sobre la base del apartado a) del artículo 177 y que el Tribunal decida sobre la interpretación del Tratado en esta materia.»

12. *Vid.* CHEVALIER et MAIDANI, *Guide...*, pp. 30 y 31.

partes en el litigio en que aquella se pronunció. En el recurso prejudicial de interpretación de una sentencia se lleva a cabo la interpretación de un simple incidente y no un contencioso como el supuesto de los mencionados 40 del Estatuto y 102 del Reglamento. El Tribunal ha excluido la posibilidad de que las partes del litigio principal interpongan el recurso especial del art. 40 mencionado con objeto de completar una sentencia dictada por él a título prejudicial. También ha rechazado la iniciativa de las partes en el litigio principal para solicitar el reenvío prejudicial de interpretación de una sentencia, respondiendo, por el contrario, a estas cuestiones prejudiciales cuando hayan sido los jueces nacionales los que en base al art. 177 las han planteado.¹³

El reenvío prejudicial para interpretación de una sentencia no será necesario cuando la misma cuestión haya sido planteada por vía prejudicial al Tribunal anteriormente y haya sido objeto de una decisión a título prejudicial en un caso análogo, siendo, en última instancia, el Juez nacional el que debe apreciar si el acto le parece o no suficientemente claro como para recurrir al tribunal (así, Sentencia de 27.3.63, *Da Costa*, Asunto n.º 28 a 30/62, Rep. 1963, p. 75).

C) *Actos emanados de otros organismos comunitarios*

Distinguimos aquellos actos de los organismos que pueden asimilarse a los emanados de las instituciones de la Comunidad propiamente dichas, y por otro lado, aquellos actos de organismos que no tienen un poder de decisión y no son, por tanto, susceptibles de dicha asimilación.

Los primeros son susceptibles del reenvío prejudicial para interpretación; son los actos emanados de los Fondos especiales (FEOGA, FEDER, FSE) y del Banco Europeo de Inversiones.

Los segundos no son susceptibles de tal reenvío; son, por ejemplo, los emanados del Comité Económico y Social y del Tribunal de Cuentas. Respecto de los actos emanados del Comité Económico y Social, la doctrina no es unánime, ya que hay autores, entre ellos Vandersanden, que estiman que los actos que surgen del Comité Económico y Social también deberían poder ser objeto de reenvío prejudicial de interpretación ante el Tribunal; por contra, *Chevalier* entiende que el Comi-

13. MOLINA DEL POZO cita las Decisiones del Tribunal de Justicia de 14-6-1963 y de 18-10-1979.

té, al ser un órgano meramente consultivo, no puede crear derecho positivo, por lo que sus dictámenes no pueden entrar dentro de los actos susceptibles de interpretación del art. 177 TCEE.

Respecto del Tribunal de Cuentas, los *rappports*, observaciones o dictámenes, parece claro, y nadie cuestiona, que no son susceptibles de reenvío prejudicial en interpretación.

4. Estatutos de los organismos creados por un Acto del Consejo, cuando dichos Estatutos lo prevean

El Tribunal es competente para pronunciarse a título prejudicial sobre la interpretación de los Estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo cuando estos Estatutos así lo prevean. Por su parte, del art. 150 del TEURATOM es, en este sentido, más restrictivo que el TCEE, ya que prevé la competencia del Tribunal de Justicia para la interpretación de dichos Estatutos, «salvo que estos contengan disposiciones contrarias al respecto».

Cabe pensar que los referidos Estatutos no son otra cosa que actos emanados de las Instituciones comunitarias, y, en su virtud, cabría incluirlos en el punto del art. 177 que establece la competencia del Tribunal para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez de los acuerdos adoptados por las instituciones de la Comunidad.

Hasta el momento, se ha atribuido al Tribunal de Justicia muy pocos supuestos en virtud del art. 177. c). El motivo de ello radica en que los referidos Estatutos se integran en los Reglamentos que crean los organismos mencionados, y, los Reglamentos, como tales, ya son susceptibles de interpretación por vía prejudicial.

III. ACTOS SUSCEPTIBLES DE REENVÍO PREJUDICIAL EN APRECIACIÓN DE VALIDEZ

1. La noción de validez

La cuestión acerca de lo que debemos entender por validez se plantea desde dos perspectivas diferentes; restrictiva la una y amplia la otra.

En sentido amplio, validez se identifica con el concepto de legalidad, mientras que para la perspectiva restrictiva se plantea el concepto en sentido formal y no sustancial.

Según señala Martín Arribas, el Gobierno alemán, partiendo de la concepción restrictiva o estricta, pretendió en virtud del art. 177 TCEE que el Tribunal de Justicia se limitara a examinar la validez formal del acto litigioso, planteando el problema acerca de la existencia jurídica del acto y si no había sido ya anulado por una sentencia del Tribunal de Justicia (así, Sentencia de 18 de febrero de 1964, Asunto 73/74, N. V. Rotterdam, Rec. 1964, p. 1).¹⁴ La tesis inversa fue mantenida por los abogados generales del Tribunal de Justicia apoyándose en la interpretación dada en Francia a la palabra validez, y, particularmente, al hecho de que el recurso en apreciación de validez conocido en ese país conlleva no sólo la regularidad externa del acto, sino también la legalidad interna, es decir, su contenido.¹⁵

El Tribunal de Justicia ha condenado la tesis restrictiva defendida por el Gobierno alemán, resolviendo todas las cuestiones relativas tanto a la legalidad externa como a la legalidad interna del acto que le había sido sometido por el órgano jurisdiccional nacional. Al respecto, Richemont considera que el control ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco del art. 177 es idéntico que el que está previsto y rige para los arts. 173 y 184 del Tratado.¹⁶ Ello implica que los medios que pueden ser invocados para conseguir una resolución de invalidez ante el Tribunal de Justicia serán los que estén mencionados en el art. 173 como medios de nulidad: la incompetencia, la violación de normas sustanciales, la violación del Tratado o de toda regla de Derecho relativa a su aplicación, y el abuso de poder.

Sin embargo, como señala Martín Arribas, sería erróneo deducir de ello que el examen de validez no constituye más que una forma modificada del recurso de anulación, pues evidentemente a diferencia de este recurso que puede ser planteado directamente ante el Tribunal de Justicia por un particular, por un Estado miembro, por la Comisión o el Consejo, en la cuestión prejudicial sólo el órgano jurisdiccional nacional está facultado para pedir al tribunal de Justicia que exa-

14. MARTÍN ARRIBAS, *Manual...*, p. 124, cita las conclusiones del A. G. Roemer en la sentencia de 18 de febrero de 1964. As. conjuntos 73 y 74/1963, Internationale et Puttershoek, Rec., 1964, p. 40. Asimismo las conclusiones del A. G. Gand en la sentencia de 1 de diciembre de 1965. As. 16/1965. Firma Schwarze, Rec., 1965, p. 1.081. También M. Dutheillet de Lamothe en la sentencia de 17 de diciembre de 1970. As. 11/1970, Internationale Handelsgesellschaft, Rec., 1970, pp. 1.125 y ss. Asimismo el A. G. Trabucchi en la sentencia de 25 de junio de 1975. As. 5/1975, Deuka, Rec., 1975, p. 757.

16. RICHEMONT, *L'integration...*, op. cit., p. 36.

mine la cuestión de validez.¹⁷ Una vez expirados los plazos de anulación, ni el Consejo, ni la Comisión, ni los Estados miembros, ni el particular, pueden contestar la legalidad de un acto comunitario; por el contrario, el órgano jurisdiccional nacional podrá siempre pedir al Tribunal de Justicia que examine la cuestión de validez sin estar sometido a plazo alguno. Es el órgano jurisdiccional nacional el que posee la iniciativa del mecanismo prejudicial, quien determina los medios necesarios para la existencia de una invalidez presunta y el que delimita el marco en que el Tribunal de Justicia tendrá que examinar la validez del acto.

Un último aspecto importante a destacar es el relativo a la facultad del Tribunal de Justicia para invocar de oficio ciertas lesiones de la legalidad, en el curso de un examen de validez.¹⁸

2. Actos del Consejo y de la Comisión

El artículo 41 del Tratado CECA especifica que serán de este tipo los recursos planteados; así, se dice «El Tribunal sólo es competente para conocer a título prejudicial sobre la validez de...» En los Tratados CEE y EURATOM (arts. 177 y 150, respectivamente) se contempla la apreciación de validez junto a la interpretación.

Los actos susceptibles del reenvío prejudicial sobre validez son los enumerados en el art. 189 TCEE, es decir, los reglamentos, directivas y decisiones. Son aplicables, al respecto, las distinciones efectuadas en el apartado referente a la interpretación, sobre la distinción de ser o no obligatorios los actos para ser susceptibles de reenvío.

Respecto de los acuerdos concluidos por la Comunidad, representada por el Consejo y la Comisión, con terceros países o con algunos Estados miembros u otras organizaciones internacionales (arts. 228 y 238 del Tratado CEE), la apreciación de validez por vía prejudicial versará no sobre el contenido del acuerdo en sí, sino sobre el acto de conclusión del mismo, de manera que si el Tribunal lo declara inválido, la invalidez no afectará a su fuerza obligatoria en Derecho internacional, sino únicamente a su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario.¹⁹

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia apreciará la validez por

vía prejudicial de las disposiciones pertinentes adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento, en base a los arts. 235 y 275 del Tratado CEE.²⁰

Respecto a los acuerdos claramente internacionales, el Tribunal no será competente para apreciar su validez a través del incidente prejudicial, a pesar de la facultad que puede ostentar para su interpretación, según así lo entiende la mayor parte de la doctrina, y, en especial, autores como *Megret, R. M. Chevalier, D. Maidani, y J. de Riche- mont*, entre otros.

3. Actos de otros organismos comunitarios

La posibilidad de que los actos del Parlamento sean objeto de reenvío prejudicial en apreciación de validez es cuestionada por ciertos autores. Se dice que la noción de instituciones del art. 177 TCEE debe comprender el mismo ámbito que las instituciones que aparecen en el art. 173 TCEE, de tal forma que, en función de que el art. 173 no prevé el recurso de anulación más que contra los actos del Consejo o de la Comisión, la misma solución debería aplicarse para el reenvío prejudicial de validez, pudiendo sólo, por lo tanto, operar contra los actos del Consejo y de la Comisión.²¹

Hay autores que estiman que el aumento de los poderes del Parlamento ha de conducir a una modificación del Tratado, de tal forma que se pudiera recurrir en anulación ciertos actos del Parlamento, permitiendo ello que también pudiera ser objeto de examen prejudicial en apreciación de validez. En relación con ello, *Chevalier* entiende que si bien, generalmente, los actos del Parlamento no son reglas de derecho positivo, y por ello no susceptibles del reenvío prejudicial, si hay ciertos actos, como lo son el Reglamento interior y aquellos actos adoptados por el Parlamento en virtud de sus competencias en materia presupuestaria, que podrían ser perfectamente objeto de un recurso prejudicial de apreciación de validez.

Si atendemos el criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia, vemos como en el asunto *Wagner*²² el Tribunal examinó mediante recurso prejudicial la validez de un acto del Parlamento, concretamente la validez del Reglamento interior de esta institución.

17. MARTÍN ARRIBAS, *Manual...*, op. cit., p. 125.

18. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, RTDE, 1976, p. 667.

19. Sentencia As. n.º 181/1973, Haegeman.

20. MOLINA DEL POZO, *Procedimiento...*, op. cit., p. 122.

21. VANDERSANDEN, *Contentieux communautaire*, Bruselas, 1977, p. 304.

22. Kagner, c/ Jean Fohrmann et Antoine Krier. Recueil, 1964, af. 101/1963, de 12 de mayo de 1964, pp. 387-411.

Por último, en lo referente a la posibilidad de que las resoluciones del Tribunal de Justicia sean objeto de reenvío prejudicial en apreciación de validez, la opinión generalizada se decanta en el sentido de no aceptar tal posibilidad. Se aduce, tanto el argumento ya citado, relativo a que los actos susceptibles de recurso prejudicial de validez no pueden ser otros que los que emanan de las instituciones señaladas en el art. 173, el Consejo y la Comisión, como el hecho de considerar que las resoluciones del Tribunal de Justicia son actos definitivos, y por ello el Tribunal no puede pronunciarse sobre la validez de tales resoluciones.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA

«Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario»
ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1988, pp. 997

Julio GARCÍA CASAS
Profesor Titular de Derecho
Procesal-Universidad de Sevilla.
Magistrado de la Audiencia.

Cuarenta años de ininterrumpido magisterio universitario no siempre justifican un homenaje; el que representa y contiene este libro ha surgido, empero, con la mayor naturalidad. La iniciativa de un conjunto de discípulos del homenajeado, vinculados a él por razones obvias de magisterio, devoción o simpatía encontró en una nutrida nómina de Profesores Universitarios la resonancia y el eco que ciertamente merecía. El Dr. Don Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario sabe bien que mucho más profundo y cuantitativo que las numerosas páginas de este volumen es el pensamiento, el afecto y la admiración de cuantos, en sus relaciones profesionales, académicas o de estricto magisterio tuvieron la suerte de recibir sus enseñanzas y disfrutar de su compañía. Su saber científico, recogido en numerosas publicaciones, sus condiciones docentes puestas de manifiesto día a día en las Aulas universitarias, su vida activa y brillante de profesional del Derecho, tan cerca de los problemas acuciantes de una Justicia inmersa en profundos cambios legislativos y sociales, su trato, su especialísima ironía expresiva no sólo de un intelecto bien dotado sino de un espíritu crítico, vital y punzante de todo cuanto la vida ofrece, y su portentosa capacidad de ayuda a sus discípulos reiteradamente demostrada, justifican y explican sobradamente un Libro homenaje que, por su contenido, su actualidad y sus firmas, patentiza mucho más que la mera expresión formal de un académico y frío agradecimiento.

Como discípulo y como amigo, me cabe el honor también de ofrecer al lector una breve glosa de su contenido. El volumen, coordinado por los Profs. Dres. Morón Palomino, Almagro Nosete, Gutiérrez-Alviz y Conradi,

Moreno Catena (ejecutor material de la publicación), Martín Ostos, Gómez del Castillo y García Casas, que suscribe estas líneas de presentación, lleva un Prólogo que recoge el Discurso pronunciado por el Dr. D. Manuel Morón Palomino el día 4 de junio de 1985 en el Paraninfo de la Universidad de Sevilla, en el acto homenaje que, tras su última lección magistral, se tributó al Dr. Gutiérrez-Alviz y Armario con motivo de su jubilación; prólogo que es a modo de semblanza biográfica y profesional del homenajeado.

Y puesto que la invitación fue hecha con carácter general, el volumen recoge, distribuidos en cinco grandes apartados, artículos y colaboraciones esenciales mas no exclusivamente relacionadas con el Derecho Procesal, cuya Cátedra él desempeñó durante tanto tiempo en la Universidad Hispalense. Los trabajos contenidos en el volumen se distribuyen en: I. Poder Judicial: Organización de Tribunales y Actuaciones Judiciales; II. Proceso Civil; III. Proceso Penal; IV. Proceso Administrativo, Social y Comunitario, y V. Otros Estudios, sobre Derechos Fundamentales, Derecho Canónico, Derecho Civil y Derecho Penal.

Es evidente que un texto así excluye por su propia esencia todo carácter monográfico; tampoco ha sido esa la intención pretendida. Empero, la rúbrica genérica del Libro, Problemas actuales de la Justicia, le confiere un cierto carácter monográfico, tratado y elaborado con la riqueza de matices y puntos de vista de los autores de los respectivos trabajos en él contenidos. No es ocioso por tanto ofrecer ahora al lector el contenido total de la obra, que por abordar con objetividad y pleno conocimiento la problemática actual de la Justicia española y sus conexiones con la libertad, como valores superiores del Ordenamiento Jurídico, puede ofrecer al lector preciosa ocasión de entrar en contacto con el pensamiento jurídico español contemporáneo. He aquí pues su contenido:

PRESENTACIÓN

Discurso pronunciado en el Paraninfo de la Universidad de Sevilla el 4 de junio de 1985 con ocasión de la última lección académica del Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario (MORÓN PALOMINO).

I. PODER JUDICIAL, ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES Y ACTUACIONES JUDICIALES

El Poder Judicial (ALMAGRO NOSETE).
 El Consejo General del Poder Judicial (ESTEBAN GÓMEZ).
 Introducción al Estudio del Tribunal de las Aguas de Valencia tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 (FAIRÉN GUILLEM).
 Los problemas contemporáneos del Poder Judicial (FIX ZAMUDIO).
 Desde el proceso hacia el Poder Judicial (GELSI BIDART).
 El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (GIMENO SENDRA).
 Notas sobre los principios político-constitucionales que informan la organización y el funcionamiento de los Tribunales (GÓMEZ DEL CASTILLO).

La legitimación colectiva y el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ).

Independencia, imparcialidad, objetividad del juez... (LÓPEZ Y LÓPEZ).
 Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales (LOZANO-HIGUERO PINTO).

Los futuros Juzgados de menores (MARTIN OSTOS).
 Nuevo panorama de la Administración de Justicia según la Ley Orgánica del Poder Judicial (DE LA OLIVA SANTOS).

Sobre el carácter de autoridad del Secretario Judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial (PEDRAZ PENALVA).

Un procedimiento escrito (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ).
 ¿Traducción al castellano de los documentos que acompañan a un emplazamiento ante Tribunal extranjero? (RAMOS MÉNDEZ).

La Audiencia Territorial de Sevilla y la Ley Orgánica del Poder Judicial (SERRERA CONTRERAS).

I. PROCESO CIVIL

La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (art. 21, 22 LOPJ) (CORTÉS DOMÍNGUEZ).

Algunas consideraciones en torno a la comparecencia previa en el juicio de menor cuantía (GONZÁLEZ MONTES).

Boceto para un sistema de apreciación de la incapacidad de obrar (Ratio del art. 297 del CC) (GORDILLO CAÑAS).

La ejecución de laudos extranjeros (GUTIÉRREZ DE CABIEDES).
 El mal llamado «recurso de aclaración» en el proceso civil (GUTIÉRREZ GONZÁLEZ).

El proceso civil alemán de la experiencia del modelo Stuttgart y de la novela de simplificación (Vereinfachungs-novelle) de la ZPO. El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales (LORCA NAVARRETE).

Consideraciones en torno a la rebeldía en el proceso civil (MONTES REYES).
 Líneas generales y principios del futuro procesal concursal (MONTÓN REDONDO).

Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario (MORENO CATENA).
 Vigencia del retracto de coligantes (MUÑOZ ROJAS).

El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio (ORTELLS RAMOS).

Sobre el nuevo «juicio ejecutivo cambiario» a tenor de la Ley 19/1985, de 16 de julio (RODRÍGUEZ MERINO).

Singularidad del proceso civil andorrano (SERRA DOMÍNGUEZ).
 Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas (TIRADO SUÁREZ).

Instituciones saneadoras del proceso civil español: «excepciones dilatorias» y «comparecencia previa» (VÁZQUEZ SOTILO).

La audiencia preliminar en el nuevo proceso civil iberoamericano (VESCOVI).

III. PROCESO PENAL

La prisión provisional. Reformaron la reforma. Análisis de la Ley 10/1984 de 26 de diciembre (CALVO SÁNCHEZ).

Reflexiones en torno al recorte de competencias penales de la Audiencia Nacional en el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (GARCÍA CASAS).

Comentarios a los artículos 19.2 y 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: Problemas prácticos aplicativos de «de lege ferenda» del futuro juicio con jurados en el proceso penal (GÓMEZ COLOMER).

Notas en torno a la acción penal y su ejercicio (GONZÁLEZ MONTES).

Tres sentencias extranjeras sobre el secreto periodístico (GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI).

El régimen jurídico de las observaciones telefónicas en el proceso penal (DE LLERA SUÁREZ-BARCENA).

IV. PROCESO ADMINISTRATIVO, SOCIAL Y COMUNITARIO

Sobre la nulidad de un acto de nulidad (ALONSO OLEA).

En favor de la atribución al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la competencia de estatuir, a título prejudicial, sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CARRILLO SALCEDO).

Eficiencia de la justicia contencioso-administrativa y civil-comercial en Colombia (DEVIS ECHANDIA).

El principio de igualdad en las relaciones laborales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (DURÁN LÓPEZ).

La casación implantada en el proceso contencioso-administrativo (Notas críticas a la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de julio de 1985) (GORDILLO).

Los procesos laborales y el sistema de derecho del trabajo (MONTROYA MELGAR).

V. OTROS ESTUDIOS*Derechos Fundamentales:*

Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos (PÉREZ LUÑO).

El derecho a la vida del «nasciturus» en los textos internacionales de derechos humanos (SÁNCHEZ-APELLANIZ).

Derecho Canónico:

La simulación del consentimiento matrimonial en el nuevo Código Canónico (BERNARDEZ CANTÓN).

Procedimientos canónicos y nulidad del matrimonio por defecto de forma (SECO CARO).

Derecho Civil:

Breves notas sobre la enseñanza del Derecho Civil en la Universidad (CLAVERÍA GOSÁLVEZ).

El concepto de explotación agraria en la Ley Andaluza de Reforma (JORDANO BAREA).

Bienes y derechos de las Comunidades Autónomas e inscripción registral (LASARTE ÁLVAREZ).

Derecho Penal:

El principio de intervención mínima (MARTOS NÚÑEZ).

Bases teóricas para un proyecto docente e investigador en el Derecho Penal: panorama actual de la ciencia del Derecho Penal (MUÑOZ CONDE).

Derecho Penal y Derecho Sancionador. Cuestiones jurídicas de delimitación constitucional (POLAINO NAVARRETE).

La enumeración que antecede es expresiva por sí sola de su contenido y del interés científico que, según su título y singularmente su autor, puede despertar en el lector. Mas por encima de diferencias episódicas, en la previa labor de selección se puso un especial cuidado en que todo su contenido, valorado en conjunto, resultare de interés científico, profesional y académico.

Esta es la razón de por qué reputo útil su adquisición. Al fin y al cabo y por encima de la devoción y respeto que el Dr. Gutiérrez-Alviz y Armario suscita en cuantos hemos colaborado en la publicación, existen razones objetivas y científicas profundas para quienes, alejados de esta relación de afecto y reconocimiento, busquen y encuentren en sus 997 páginas, si no una solución a sus problemas jurídicos o profesionales, sí al menos un elemento básico de reflexión y un acercamiento a quienes, por razones de índole muy diversa, han estudiado a fondo estos problemas.

El volumen, editado por Tirant lo Blanch en Valencia, 1988, y en cuya publicación han colaborado el Ilustre Colegio de Abogados, el Ilustre Colegio de Procuradores, el Ilustre Colegio Notarial, el Vicerrectorado de Investigación de la Universidad, el Decanato de la Facultad de Derecho y la Conserjería de Educación de la Junta de Andalucía, todos de Sevilla, es un brillante y luminoso mosaico de reflexiones en torno a la Justicia, no como organización y ni siquiera como Poder del Estado, sino como valor superior de un Ordenamiento Jurídico que se inserta como una pieza más en una sociedad conflictiva, cambiante, confusa a veces y necesitada de reformas no siempre bien elaboradas. En lo que a mí concierne, reciba Don Faustino con estas líneas sucintas, mi afecto incondicional, mi reconocimiento sincero y la admiración de siempre.

BECHER, Herbert J., *Diccionario jurídico y económico, parte I, español-alemán*, C. H. Beck, 3.ª edición, Munich, 1988, 1.142 páginas.

Nos congratulamos por la nueva edición de este diccionario jurídico español-alemán que, a nuestro juicio, es el más completo de los que existen en el mercado. Respecto de la anterior edición ha sido ampliado el número de voces, lo que se refleja a simple vista ya en el número de páginas, que aumenta en más de doscientas, por lo que, con más razón aún que antes, sigue siendo el instrumento indispensable de trabajo para traductores y juristas que desarrollan su labor en el ámbito del Derecho hispano-alemán. Es especialmente de agradecer al autor la gran atención que presta a los verbos que con tantos matices se han de utilizar en el lenguaje jurídico, y que tan difícil, si no imposible, es encontrar en otros diccionarios.

Los que habitualmente trabajamos con este diccionario damos la enhorabuena al autor por esta tercera edición del primer tomo y, al mismo tiempo, estamos a la espera de la nueva edición del segundo tomo, alemán-español, cuya salida deseamos se produzca pronto, si bien somos conscientes de la ardua labor que supone la puesta al día de un diccionario especializado de estas características.

U. V.

Droit International Privé (Loi Fédérale et Conventions Internationales. Recueil de textes), 195 páginas.

Editado por A. BUCHER, HELBING & LICHTENHAHN, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1988.

Compendio de textos de Derecho Internacional Privado suizo en el cual se recoge por un lado la nueva ley federal suiza de 18 de diciembre de 1987 y por otra una serie de convenciones internacionales que presentan un in-

terés práctico para el conocimiento y aplicación del D. Internacional Privado suizo, sobre todo desde un enfoque eminentemente práctico.

Las Convenciones Internacionales se encuentran clasificadas en multilaterales (aquellas que el Estado suizo contrae con más de un Estado) relativas a refugiados, apátridas, divorcio y separación, alimentos, protección de menores, testamentos, accidentes de circulación, procedimiento civil, inmunidad de Estados, ventas internacionales de inmuebles, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales; y bilaterales (que contrae el E. suizo con otro Estado), las cuales por un lado se refieren al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales (con Alemania, Austria, Bélgica, Italia y Liechstentein) y por otro lado las referentes a la ejecución de resoluciones en materia civil o comercial (así con España o Francia). Por último el autor recoge un convenio bilateral con Italia sobre establecimiento y consulado.

Este compendio de textos no contiene los textos íntegros sino sólo extractos y también resaltar que conscientemente no se recogen determinadas materias que afectan al ámbito del Derecho Internacional Privado suizo como son el transporte internacional, la propiedad intelectual e industrial o el registro de los estados civiles.

J. M. ABRIL

FACCHIN, Roberto: *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Ed. CEDAM, Padua 1988, XXXIV + 560 páginas.

Extensa obra de estudio en la que el autor intenta configurar a través de la relación existente entre la Convención Europea de los derechos del hombre, y la Declaración universal de los derechos humanos, qué es lo que se propone el texto de la Convención. Facchin señala al lector una larga serie de datos sobre la composición y funcionamiento de los órganos de la Convención y el mecanismo procesal en ella previsto; en éste segundo punto de vista, en particular, la temática y la problemática de afrontar a toda la Jurisprudencia de la Comisión sobre la admisibilidad del recurso, o de las decisiones del Comité de Ministros, sobre qué recursos no deben ser llevados ante las Cortes.

Asimismo analiza todo el iter que un recurso debe cumplir para poder ser examinado en la Corte de Estrasburgo, a través de un sistema o esquema, que mediante las indicaciones de los diferentes artículos de la Convención y de los reglamentos de la Corte y la Comisión, conduzcan al lector a encuadrar y configurar de una manera precisa el sistema de tutela instituido en la Convención.

En síntesis, lo que diferencia a la Convención Europea de los derechos

del hombre de otras, es que ésta enuncia los derechos de los cuales son titulares los individuos y que son susceptibles de control judicial internacional o nacional. La Convención europea de los derechos del hombre, es de aplicación directa en el orden interno de los numerosos estados europeos y sus disposiciones pueden ser invocadas directamente en las jurisdicciones nacionales en beneficio de una autoridad supralegislativa.

El análisis de estos aspectos lo realiza el autor mediante un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte, así como del articulado de la Convención y de los distintos Protocolos. Este análisis se encuentra también desarrollado en la estructura del libro, el cual se divide en dos grandes partes; la primera de ellas respecto del articulado de la Convención en la que se realiza un análisis puntual de cada artículo mediante la jurisprudencia existente al efecto, y el segundo de ellos a través de un análisis de los distintos Protocolos a través de la jurisprudencia de la Corte.

De la lectura de esta obra se puede concluir que el derecho de la Convención, en gran parte es jurisprudencial y evolutivo, los principios de interpretación seguidos por la Corte y la Comisión contribuyen a pensar, precisar y entender su campo de aplicación. La preocupación es asegurar a los derechos garantizados una efectividad y obligar a los estados contratantes a adoptar medidas positivas. La jurisprudencia europea considera que las obligaciones del estado protegen al individuo contra ingerencias de terceros. La Convención es un instrumento vivo interpretado a la luz de las concepciones prevalentes en nuestros días, en las sociedades democráticas.

JUAN JOSÉ TODA PÉREZ

REVISTA DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS (1986-II)

III. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

A) España

- ALFONSO PINAZO, C. DE, «Algunas consideraciones en torno a la estructura del orden contencioso-administrativo en la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 721 a 735.
- AROZAMENA SIERRA, J., «El Anteproyecto de Ley del Proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 683 a 697.
- BANDEIRO DE MELLO, C. A., «Control jurisdiccional de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 1986, n.º 110, pp. 367 a 383.
- CANO MATA, A., «El principio de tutela judicial efectiva y su incidencia en el emplazamiento de codemandados y coadyuvantes en los procesos contencioso-administrativos», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 2581 y ss.
- CARRETERO PÉREZ, A., «Los recursos en el Anteproyecto de Ley reguladora del Proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 861 a 901.
- DÍAZ EIMIL, E., «Defensa del ciudadano contra los actos de la Administración: el recurso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 706 y ss., y pp. 761 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «La unidad del ordenamiento estatal en el Anteproyecto de Ley del Proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 737 a 747.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., «El emplazamiento personal y directo (art. 64 LJCA) como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24, 1, CE)», *La Ley*, 1986, 3, pp. 241 y ss.
- GALÁN MENÉNDEZ, A., «Jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 305 y ss.
- GARCÍA MANZANO, P., «Defensa del ciudadano contra los actos de la Administración: el recurso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 706 y ss., y 761 y ss.

- , «La tutela judicial efectiva y el Principio de seguridad jurídica. Algunos problemas que plantean en el recurso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 1941 y ss., y 1989 y ss.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo», *Revista de Administración Pública*, 1986, n.º 110, pp. 31 a 55.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O., «Legitimación activa y pasiva en los procesos contencioso-administrativos», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 2621 y siguientes.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Examen de las competencias de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Anteproyecto de Ley reguladora del Proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 805 a 827.
- HERRERO TEJEDOR, F., «Tutela judicial y ejecutividad de las sanciones», *Poder Judicial*, 1, 1986, pp. 109 a 117.
- JUAN ORLANDIS, D. DE, «Hacia el control jurisdiccional, en cuanto al fondo, del acuerdo de necesidad en el procedimiento expropiatorio», *La Ley*, 1986, 2, pp. 998 y ss.
- LINDE PANIAGUA, E., «La suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el recurso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 827 a 835.
- MARTÍN REBOLLO, L., «El Anteproyecto de Ley del Proceso contencioso-administrativo y su contexto histórico: de la Ley de 1888 a la situación actual», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 697 a 719.
- MATEO LAGE, F., «Defensa del ciudadano contra los actos de la Administración: el recurso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 706 y ss., y 761 y ss.
- MONTORO CHINER, M. J., «La ejecución de sentencias en el Anteproyecto de Ley del Proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 835 a 861.
- , «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las Leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo», *Revista de Administración Pública*, 1986, n.º 110, pp. 263 a 367.
- MONTORO PUERTO, M., «Intervención del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de Ley reguladora del Proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 771 a 805.
- ORTIZ, E., «Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica», *Revista de Administración Pública*, 1986, n.º 111, pp. 393 a 425.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La STC de 12 de noviembre de 1985», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 159 a 167.
- RUIZ JARABO FERRÁN, J. M., «Defensa del ciudadano contra los actos de la Administración: el recurso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, pp. 706 y ss., y 761 y ss.
- RUIZ-NAVARRO PINAR, J. L., «Legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam* contra disposiciones y actos de la Administración local», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 167 a 177.

- , «La legitimación corporativa en el proceso contencioso contra reglamentos a la luz del artículo 24 de la Constitución», *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 159 a 167.
- SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C., «La incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 2413 y ss.
- SUBIRATS MARTÍNEZ, J. M.ª, «La ejecución de las sentencias en la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, páginas 473 y ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Las partes en el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 749 a 769.
- TORNOS MAS, J., «La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 905 y ss.
- , «El procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 51, pp. 901 a 917.

B) Extranjero

- ALBINI, A., «Osservazioni in tema di riforma del processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 547 y ss.
- ANDREANI, A., «La motivazione della sentenza amministrativa», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 5 y ss.
- BAFILE, C., «Osservazioni sulla sospensibilità della riscossione dei tributi nel processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 212 y ss.
- BARBIERI, E. M., «I limiti del processo cautelare amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 200 y ss.
- , «La sospensione del provvedimento impugnato davanti al giudice amministrativo di primo grado», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 988 y ss.
- BASILAVECCHIA, M., «In tema di limitazioni alla prova dell'adempimento di obblighi tributari», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 261 y ss.
- BELL, J., «Le juge administratif anglais est-il un juge politique?», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 791 a 809.
- CARRIOIA, A., «Giudizio amministrativo, associazioni ecologiche, interessi diffusi (nota a TAR Catania, 11, giugno, 1985, n. 573)», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 2555 y ss.
- CERULLI IRELLI, V., «Profili problematici dell'autotutela esecutiva», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 410 y ss.
- CONSOLO, C., y LI, V., «La tutela cautelare tributaria ritrovata (fra le pieghe pretorie dell'ordinamento della giustizia amministrativa)», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 323 y ss.
- CRISCI, G., «Per una giustizia amministrativa effettiva e globale», *Il Foro Italiano*, 1986, V, pp. 305 y ss.
- ERGEC, R., «Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières

- que se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire?», *Revue Droit International et Droit Comparé*, 1986, pp. 72 y ss.
- FORILIO, L., «La Corte costituzionale introduce nel processo amministrativo la tutela cautelare atipica», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1675 y ss.
- FLORENZANO, D., «Riflessioni in tema di appello incidentale nel processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1169 y ss.
- FRANCO, M., «Tutela del territorio, interessi diffusi ed operato del giudice (ordinario, amministrativo, contabile)», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 2603 y ss.
- GALLO, C. E., «Lo svolgimento del giudizio nel processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 513 y ss.
- GIACCHETTI, S., «Il commissario ad acta nel giudizio d'ottemperanza: si apre un dibattito», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1967 y ss.
- GIAMPAOLINO, L., «Tecniche giudiziarie e gestione amministrativa della salute», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 2035 y ss.
- GRASSO, G., «Natura del giudice ed ambito degli interessi nella tutela dell'ambiente», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1225 y ss.
- LÄNFERMANN, H., «Gedanken zur Zulassungsberufung in der VwPO», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 117 y ss.
- LASCHEA, R., «Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 21 y ss.
- LENZ, W., «Gedanken zur Zulassungsberufung in der VwPO», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 117 y ss.
- MAFFEZZONI, M., «Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 296 y ss.
- MELE, E., «I limiti dell'amministrazione nell'esecuzione del giudicato», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 2716 y ss.
- OTTAVIANO, V., «Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1 y ss.
- PATRONE, I., «Amministrazione e giurisdizione nella tutela dell'ambiente», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 318 a 331.
- PESTALOZZA, C., «Berlin: Die Verwaltungsgerichte als Verfassungsgerichtsgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 968 y ss.
- PICCIOLI, G., «Il nuovo orientamento della giurisprudenza amministrativa sul tema della notificazione dell sentenze dei TAR», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 996 y ss.
- POLAINO NAVARRETE, «Les droits de l'individu, l'administration publique et le pouvoir judiciaire», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 89 a 101.
- ROMEO, G., «La persona, l'amministrazione e il giudice amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 94 y ss.
- , «L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 2594 y ss.
- , «L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 562 y ss.
- RUSSO, P., «La giurisdizione della Corte dei Conti sulle responsabilità commesse all'attività contrattuale di comuni e province», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 322 y ss.
- SANTORO, S., «Appunti sull'intervento nel processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 552 y ss.
- , «Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 424 y ss.
- SCHREIBER, A., «Il reparto di giurisdizione fra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1598 y ss.
- SICA, M., «La cauzione come misura cautelare nel giudizio amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 228 y ss.
- SIRIANI, G., «Questioni pregiudiziali in tema di sostituzioni amministrative», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 882 y ss.
- STREMPPEL, D., «Gedanken zur Zulassungsberufung in der VwPO», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 117 y ss.
- TARCHI, R., «Questioni processuali e sostanziali in tema di conflitti fra Stato e regioni», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1801 y ss.
- VACIRCA, G., «Opposizione alla stima in materia di espropriazione per pubblica utilità e sospensione dei termini processuali nel periodo feriale», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1007 y ss.
- , «Apunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 57 y ss.
- , «Decisione nel ricorso straordinario e vizi deducibili in sede giurisdizionale del controinteressato pretermesso», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1744 y ss.
- , «Osservazioni sulla difesa personale degli avvocati dipendenti da enti pubblici», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 172 y ss.
- VILLALTA, R., «Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 388 y ss.
- ZUCK, R., «Die fünfte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 968 y ss.

IV. DERECHO PROCESAL LABORAL

A) España

- ÁLVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, J. M., «Diligencias para mejor proveer; particular consideración en el proceso laboral», *Actualidad Laboral*, 1986, 1, pp. 673 y ss., y 721 y ss.

- AUSERÉ PÉREZ, A., «Algunas experiencias del proceso laboral», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 6, pp. 51 a 55.
- CUEVAS GONZÁLEZ, F., «Sentencia. Nulidad. Presunción de inocencia. Insuficiencia de pruebas. Facultad de completar las existentes (nota a la sentencia 21 de mayo de 1986, T.S.)», *Actualidad Laboral*, 1986, 2, pp. 1537 y ss.
- GARCÍA MURCIA, J., «El procedimiento de impugnación jurisdiccional de los convenios colectivos», *Actualidad Laboral*, 1986, 1, pp. 417 y ss.
- LOSADA GONZÁLEZ, H., «La jurisdicción competente para conocer de la impugnación de los actos en materia de recaudación de la Seguridad Social. Análisis de una controversia», *Revista de Seguridad Social*, 1986, n. 32, pp. 65 a 119.
- MARTÍN VALVERDE, A., «El procedimiento de impugnación jurisdiccional de los convenios colectivos», *Actualidad Laboral*, 1986, 1, pp. 417 y ss.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «El sistema de recursos en el anteproyecto de Texto Refundido de la LPL», *Actualidad Laboral*, 1986, 2, pp. 2469 y ss.
- MEJICA GARCÍA, J. M., «Sobre la controvertida cuestión de la jurisdicción competente en caso de medidas disciplinarias contra médicos de la Seguridad Social», *La Ley*, 1986, 4, pp. 1101 y ss.
- OLIET PALA, B., «La doctrina unificadora del orden social de la jurisdicción en materia de Seguridad Social durante los años 1985 y 1986», *Revista de Seguridad Social*, 1986, n. 31, pp. 121 y ss.
- PALOMAR OLMEDA, A., «La jurisdicción competente para conocer de la impugnación de los actos en materia de recaudación de la Seguridad Social. Análisis de una controversia», *Revista de Seguridad Social*, 1986, n. 32, pp. 65 a 119.
- TAPIA HERMIDA, A., «El litisconsorcio necesario (en el proceso en materia de Seguridad Social)», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, II, pp. 277 y ss.
- ZABALO ESCUDERO, M. E., «La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de contrato de trabajo (el artículo 25.1 de la LOPJ de 1985)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1986, pp. 613 y ss.
- B) Extranjero**
- BLANKENBURG, E., «Der Richterarbeitsplatzcomputer», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 415 y ss.
- BARONE, C. M., «Sulla stabilità delle conciliazione sindacale», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1660 y ss.
- CAIAFA, A., «Proceso del trabajo e fallimento», *Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, 1986, pp. 529 a 533.
- CENTOFANTI, S., «Procedimento disciplinare e obbligo di audizione del lavoratore», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 119 y ss.
- CLARK, J., «La giuridificazione nel diritto del lavoro britannico», *Diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1986, pp. 277 y ss.
- COEN, M., «La magistratura del lavoro nella Repubblica Federale Tedesca», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 773 a 789.

- CHEZZI, G., «Riflessioni sul processo del lavoro», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1986, pp. 239 y ss.
- FERRONI, F., «Mutatio ed emendatio libelli nel proceso civile di rito ordinario e di rito del lavoro», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 89 y ss.
- FRANCO, G., «Il problema della individuazione del soggetto legittimo passivo in ordine ai debiti progressi degli enti ospedalieri, dopo la realizzazione della riforma sanitaria», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 308 y ss.
- FRIEDHELM, J., «Gerichtliche Billigkeitskontrolle bei abändernden Betriebsvereinbarungen?», *Arbeit und recht*, 1986, pp. 147 y ss.
- GIUGNI, G., «Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano», *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1986, pp. 317 y ss.
- GRUNSKY, «Prozessuale Fragen des Arbeitskämpfrechts», *Recht der Arbeit*, 1986, pp. 196 y ss.
- HEINZE, «Einstweiliger Rechtsschutz im arbeitsgerichtlichen Verfahren», *Recht der Arbeit*, 1986, pp. 330 y ss.
- KAMMERER, K., «Programmierte Textverarbeitung beim Arbeitsgericht Ludwigsburg», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 339 y ss.
- MANNACIO, G., «L'arbitrato in materia di lavoro», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 194 y ss.
- PACE, A., «Davvero inammissibili le ispezioni giudiziali preventive sulla persona dei lavoratori dipendenti?», *Giurisprudenza Costituzionali*, 1986, pp. 122 y ss.
- PROTO PISANI, A., «In tema di competenza per territorio nelle controversie di lavoro», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 326 y ss.
- , «Ancora sui vizi della fase introduttiva del processo del lavoro», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1849 y ss.
- SATZKY, «Aktuelle Probleme des Kostenrechts im arbeitsgerichtlichen Verfahren», *Recht der Arbeit*, 1986, pp. 359 y ss.
- SCARSELLI, G., «Orientamenti giurisprudenziali in tema de rimessione della causa al primo giudice», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 3094 y ss.
- SIMITIS, S., «La giuridificazione dei rapporti di lavoro», *Diritto del Lavoro e relazioni industriali*, 1986, pp. 215 y ss.
- VARDARO, G., «Il potere disciplinare giuridificato», *Diritto del Lavoro e relazioni industriali*, 1986, pp. 1 y ss.
- VERDE, G., «La disciplina delle prove nei processi del lavoro e del pubblico impiego», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 70 y ss.
- VERWOERD, J., «Der Richterarbeitsplatzcomputer», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 415 y ss.
- VOLLMER, R. E., «Der Richterarbeitsplatzcomputer», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 415 y ss.
- ZUMPANO, M., «La nullità del ricorso introduttivo nel rito del lavoro», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 263 y ss.

V. DERECHO PROCESAL PENAL

A) España

- ALONSO DE ECAMILLA, A., «La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: sus relaciones con la Administración penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 75 y ss.
- ALVAREZ PÉREZ, T., «La publicidad del sumario», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 157 a 205.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 33 a 47.
- , «Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional», *La Ley*, 1986, 2, pp. 988 y ss.
- BERISTÁIN IPIÑA, A., «Panorama legislativo del sistema de justicia penal en España», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XLIII, 1986, pp. 352 a 394.
- BUENO ARÚS, F., «Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia», *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 33 a 47.
- CALVO SÁNCHEZ, M. C., «Estudio de la Ley 6/85, de 27 de marzo, sobre modificación del art. 849.2 de la LECrim.», *La Ley*, 1986, 1, pp. 1108 y ss.
- CANTARERO BANDRÉS, R., «Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 113 y ss.
- CRESPO DE LARA, P., «Prejudicialidad penal y amparo contencioso-administrativo del derecho a la libertad de expresión», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 39 a 73.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, «Panorama legislativo del sistema de justicia penal en España», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XLIII, 1986, pp. 352 a 394.
- DELGADO AGUADO, J., «Investigación y reconstrucción de accidentes de tráfico», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1986, 1, pp. 54 a 59.
- DOGLIOTTI, M., «Riforma o soppressione del Tribunale per i minorenni», *Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, 1986, pp. 765 a 772.
- ESPÍN TEMPLADO, E., «Secreto sumarial y libertad de información», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 421 y ss.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Instrumentos procesales para la reparación del honor del ofendido», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 115 a 157.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de sentencias», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4275 a 4302.
- GIL MARTÍN, M., «Normas generales sobre los recursos de reposición y apelación», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 3 y ss.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «Comentario a los artículos 19.2 y 83 de la LOPJ de 1985: problemas prácticos aplicativos y de *lege ferenda* del futuro juicio con jurados en el proceso penal», *La Ley*, 1986, 1, pp. 1047 y ss.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 141 a 155.
- GUTIÉRREZ VALDEÓN, S., «Importancia del tacógrafo como medio de prueba en accidentes de la circulación», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1986, 2, pp. 59 a 67.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., «Tres sentencias extranjeras sobre el secreto periodístico», *Justicia*, 1986, pp. 411 y ss.
- GÓMEZ PAVÓN, P., «La Jurisprudencia Constitucional sobre la prueba de la alcoholemia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 1000 y ss.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «La imprudencia punible tras la reforma de 1983 y la nueva LOPJ», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 685 y ss.
- JAÉN VALLEJO, M., «La práctica de la prueba en el juicio penal como presupuesto para desvirtuar la presunción de inocencia», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4946 a 4952.
- , «Habeas corpus», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4941 a 4945.
- , «Habeas corpus», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 5, pp. 95 y ss.
- , «Asistencia de abogado al detenido, presunción de inocencia y doble instancia penal», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4937 a 4940.
- JIMENES AGUIRRE, J. M., «Libertad de información y secreto sumarial», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4953 a 4955.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «El Ministerio Fiscal como institución amparadora de la libertad de expresión», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 299 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «Hacia el auténtico jurado», *La Ley*, 1986, 4, páginas 1183 y ss.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., «Organización sistémico-cibernetica de la función penal», *Revista de Derecho Público*, 1986, pp. 521 y ss.
- LORENTE HURTADO, F., «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», *Poder Judicial*, 1, 1986, pp. 59 a 71.
- LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, D. DE, «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Poder Judicial*, 3, 1986, pp. 9 a 25.
- LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., «El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el anteproyecto de reforma LEC», *Justicia*, 1986, pp. 65 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La extradición por delitos fiscales. Su problemática general y en el Convenio Europeo de Extradición», *La Ley*, 1986, 2, pp. 974 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 83 y ss.
- MARTÍN OSTOS, J., «Los futuros Juzgados de Menores», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 1986, pp. 227 a 257.
- MONTERO FERNÁNDEZ CID, R., «Instrumentos procesales para la reparación

- del honor del ofendido», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 115 a 157.
- PARDO, N. DEL, «El problema de los suplicatorios», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 1, pp. 91 a 95.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el significado y vigencia del jurado», *Justicia*, 1986, pp. 967 y ss.
- POZO LÓPEZ, J. DEL, «La presunción de inocencia en el delito tributario», *Crónica Tributaria*, n.º 53, 1985, pp. 277 y ss.
- QUERALT, J., «La reforma policial española», *Justicia*, 1986, pp. 633 y ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T., «Prejudicialidad penal y amparo contencioso-administrativo del derecho a la libertad de expresión», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 39 a 73.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, E., «El detenido en el Juzgado de Guardia y el síndrome de abstinencia», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 1743 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La publicidad del sumario», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 157 a 205.
- RODRÍGUEZ, C. E., «El Ministerio Fiscal como institución amparadora de la libertad de expresión», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 299 y ss.
- RODRÍGUEZ, P., «La publicidad del sumario», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 157 a 205.
- ROJAS CARO, J., «La judicialidad en las penas accesorias y de los efectos especiales en el Código de Justicia Militar», *Revista de Derecho Público*, 1986, pp. 313 y ss.
- ROSSIGNOLI JUST, J. A., «Prejudicialidad penal y amparo contencioso-administrativo del derecho a la libertad de expresión», *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid, 1985, pp. 39 a 73.
- RUIZ VADILLO, E., «El ejercicio de la Abogacía en la jurisdicción penal», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 6, pp. 67 a 79.
- SORIANO, R., «La protección de la libertad personal en el Derecho anglosajón: el writ de habeas corpus», *Justicia*, 1986, pp. 605 y ss.
- SOTO NIETO, F., «El seguro voluntario y el procedimiento penal», *La Ley*, 1986, 3, pp. 987 y ss.
- VILA MAYO, J. E., «Consideraciones en orden a los medios de defensa penales», *La Ley*, 1986, 2, pp. 1225 y ss.
- VIVES ANTÓN, T. S., «Constitución y medidas de seguridad», *Poder Judicial*, 3, 1986, pp. 91 a 97.
- , «Acercas de los efectos de la estimación del recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia», *Poder Judicial*, 3, 1986, pp. 97 a 107.
- B) Extranjero**
- ALLIERI, J. M., «Brevi osservazioni sul riesame dei procedimenti *contra libertatem* nel processo penale militare», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 1793 y ss.
- AMODIO, E., «La Phase de Jugement dans le Procès Pénal Italien: une approche comparative», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 452 a 477.
- ANCA, G. M., «Pouvoirs du juge et règles décisives en matière probatoire, avec référence particulière a la réforme du code de procédure Pénale», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1986, pp. 778 a 787.
- BECKERT, R., «Prüfungspflichten und Entscheidungen des Gerichts im Eröffnungsverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 15 y ss.
- BÉLIVEAU, P., «Le Procès Pénal en Droit Canadien», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 674 a 719.
- BENINI, S., «Sull'obbligo dell'arresto in flagranza nella contravvenzione a foglio di via obbligatorio dopo la modifica degli artt. 235 e 236 C.p.p.», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 731 y ss.
- BERG, D., «Politische Strafjustiz in der DDR», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 214 y ss.
- BERG, M., «Wehrstrafgerichte oder Kriegsgerichte — Zur Diskussion der Errichtung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit für die Bundeswehr vor dem Hintergrund der Geschichte der deutschen Militärgerichte», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 128 y ss.
- BERNARDI, E., «Prove ematologiche, poteri coercitivi del giudice e libertà personale», *Legislazione penale*, 1986, pp. 365 y ss.
- BETOCCHI, G., «Diritto di difesa e potere d'integrazione nel procedimento di riesame dei provvedimenti di coercizione personale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 144 y ss.
- BISCHOF, G., «Die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Beschwerdefrist des § 172.I.StPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 2097 y ss.
- BOCACCIO, S., «A proposito della riforma della giustizia minorile», *Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, 1986, pp. 1268 a 1277.
- BONETTI, M., «Organizzazione giudiziaria e processo penale (un convegno di studi a Noto Marina)», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 555 y ss.
- BONICHOT, C., «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 689 a 705.
- BLOY, «Die Ausgestaltung der Rechtsmittel im deutschen Strafprozeßrecht», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 585 y ss.
- BUCHHOLTZ, I., «Das Recht auf Verteidigung -ein verfassungsmäßiges Grundrecht», *Neue Justiz*, 1986, pp. 30 y ss.
- BUENO ARÚS, F., «La Phase Décisoire du Procès Pénal en Espagne», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 509 a 528.
- BORSINI, G., «Prelievo della mercede dei detenuti lavoranti di una quota destinata all'assistenza delle vittime del delitto: legittimità, limiti e tutela dei diritti dei detenuti», *Il Foro Italiano*, 1986, III, pp. 238 y ss.
- CALAMANDREI, I., «La collaborazione processuale di imputati e testimoni nei sistemi di *common law*», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 240 y ss.
- CAROTA, D., «Sull'impugnabilità della sospensione condizionale in relazione a condanna per reato oblabile», *Il Foro Italiano*, 1986, II, pp. 333 y ss.
- CERSOSIMO, A., «La ricerca e la valutazione della prova nei processi di mafia», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 430 y ss.

- CIAMPI, F., «Sull'impugnabilità da parte dell'imputato della disposta sospensione condizionale», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 680 a 683.
- CTAURRO, L., «I provvedimenti coercitivi nei confronti dei parlamentari», *Diritto e società*, 1986, pp. 97 a 105.
- CIPOLLINI, F.; FACCIOLI, F., y PITCH, T., «Aspetti dell'intervento penale sulle minorenni a Roma. Primo rapporto di ricerca», *Dei Delitti e delle Pena*, 1986, pp. 501 y ss.
- CLERC, F., «Publicité de la procédure pénale. Introduction», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, pp. 49 y ss.
- COCO, S., «La riforma del processo penale nei lavori del Senato», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1448 y 1449.
- CONRAD, H., «Differenzierte Behandlung von Schadenersatanträgen im Strafverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 377 y ss.
- COPETTA, M. G., «Verso la riparazione della custodia cautelare ingiusta», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 1171 y ss.
- CORDERO, F., «Stilus Curiae (analisi della sentenza penale)», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 19 y ss.
- , «I poteri del magistrato», *L'indice penale*, 1986, pp. 29 y ss.
- CORDERO, G., «Istruzione e immediatezza nella Strafprozessordnung della Repubblica Federale Tedesca», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 118 y ss.
- , «Oltre il patteggiamento per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il nostro art. 112 Cost.», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 658 y ss.
- CORSO, P., «Fenomenologia del maxi-processo», *L'Indice penale*, 1986, pp. 249 y ss.
- CORSTENS, G., «Quelques remarques sur la phase de l'audience dans la procédure pénale néerlandaise», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 566 a 576.
- COSSIGA, F., «Giustizia penale, prevenzione della criminalità e diritti individuali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 3 y ss.
- CHAVANNE, A., «Les resultats de l'audiosurveillance comme preuve pénale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 749 a 757.
- CHIAVARIO, E., «Ancora assestamenti in ordine alla normativa in tema di libertà personale: le nuove norme in materia di misure di controllo sugli imputati scarceati per decorrenza dei termini», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 251 y ss.
- , «Obiettori di coscienza e giurisdizione penale», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 601 y ss.
- DELL'ANDRO, E. M., «Specialità del processo minorile e specialità del rito di ritegno: un'antitesi difficile da superare», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 173 y ss.
- DE VERGOTTINI, «Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo», *Diritto e società*, 1986, pp. 97 a 105.
- DI MUCCIO, P., «Autorizzazione a procedere contro i parlamentari e sospensione della prescrizione dei reati», *La Giustizia Penale*, 1986, I, pp. 17 y ss.
- DOMINIONI, O., «La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti», *Rivista di Diritto Procesuale*, 1986, pp. 740 y ss.
- DUFT, H.; HORLAMUS, J., y BUCHHOLZ, E., «Anforderungen an Strafverfahren wegen Wirtschaftssädigung», *Neue Justiz*, 1986, pp. 65 y ss.
- EISENBERG, U., «Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Jugendgerichtshofes bei Anordnung der Unterbringung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 2408 y ss.
- FAGET, J., «Contrôle judiciaire et travail social», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 319 a 333.
- FASSONE, E., «Pentitismo e cassazione pentita?», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1830 a 1836.
- , «La valutazione delle dichiarazioni del coimputato», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1893 a 1903.
- FATA, D., «Richiesta di riesame e diritto di difesa dell'imputato dinanzi al tribunale della libertà», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1585 a 1588.
- , «Aspetti problematici in tema di elezione di domicilio nel processo penale», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 545 a 548.
- FAVINO, L., «Dubbi sull'extradizione del cittadino per delitto comune commesso all'estero», *Rivista Penale*, 1986, pp. 190 y ss.
- , «Riflessi attuali dell'immunità penale internazionale degli agenti diplomatici», *Rivista Penale*, 1986, pp. 575 y ss.
- FERRARO, A., «Sui rapporti tra procedimento di prevenzione e procedimento penale per associazione di tipo mafioso», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 29 y ss.
- FERRATO, D., «Remissione di querela e spese processuali», *Rivista Penale*, 1986, pp. 753 y ss.
- , «Sull'art. 168 cod. proc. pen.», *Rivista Penale*, 1986, pp. 129 y ss.
- FERRUA, P., «L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della *notitia criminis*», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 313 y ss.
- FIGUEIREDO DIAS, J. DE, «La Phase Décisoire du Jugement dans la procédure pénal portugaise», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 528 a 556.
- FORTUNA, E., «La responsabilità penale del giudice: una normativa da rivedere», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1905 y ss.
- , «La pubblicità dell'udienza dibattimentale nei procedimenti a carico dei magistrati dell'ordine giudiziario», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 398 y ss.
- GALLIO, G., «La perizia come osservatorio del rapporto tra psichiatria e giustizia dopo la legge 180: alcune ipotesi», *Dei Delitti e delle Pena*, 1986, pp. 27 y ss.
- GAZZANIGA, E., «Pregiudizialità dell'amnistia rispetto alla declaratoria di improcedibilità per difetto di querela?», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 933 y ss.
- , «In tema di abbandono della difesa per asserita violazione dei diritti dell'imputato», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1968 y ss.
- GIARDA, A., «Ammessa l'appellabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca del mandato o dell'ordine di cattura», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 923 y ss.
- GRAJEWSKI, J., «Das polnische Strafbefahlsverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 413 y ss.

- GRILLI, L., «Il prolungamento del termine massimo di custodia cautelare», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 662 y ss.
- GROSSO, A., «Le funzioni di polizia giudiziaria dei vigili urbani: prime osservazioni sulla nuova legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 589 y ss.
- HIRSCHFELDER, M., «Nochmals: Zur Wahrung des Rechts auf Verteidigung im Strafverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 30 y ss.
- HORVATIC, Z., «Quelques réflexions sur la Phase Décisoire du Procès et le Sentencing», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1986, pp. 772 a 778.
- HOSNI, N., «La Phase Décisoire du Procès Pénal dans les Pays Arabes», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 617 a 634.
- HÜNERFELD, P., «La Phase Décisoire du Procès Pénal en Allemagne Fédérale», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 430 a 452.
- JANKE, G., «Abänderung gerichtlicher Entscheidungen und Unzulässigkeitserklärung der Vollstreckung», *Neue Justiz*, 1986, pp. 13 y ss.
- JEANDIDIER, W., «Détenção provisoire, convention européenne des droits de l'homme et Code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la Chambre criminelle», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 711 a 721.
- JOUBE, B., «Observations pratiques sur l'application de l'article D, 325 du Code de procédure pénale (indemnisation des victimes)», *Revue Penitentiaire et de Droit Penal*, 1986, pp. 209 a 219.
- JUNG, H., «La participation des citoyens à l'administration de la justice pénale en droit comparé», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 799 a 809.
- KOSTIGOFF, M., «Quelques aspects des règles américaines de compétence pénale internationale», *Revue Droit International et Droit Comparé*, 1985, pp. 34 y ss.
- KRÖPIL, K., «Die Prozessuale Tat als Zentralbegriff in der strafrechtlichen Ausbildung und Prüfung», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 211 y ss.
- , «Die Bedeutung der Tatbegriffe für den Strafklageverbrauch», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 448 y ss.
- LAINGUI, A., «La Phase Décisoire du procès pénal en Droit Comparé, Etude Historique», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 357 a 367.
- LANZA, G., «Applicabilità provvisoria di pena accesorie e ellecirto omissivo», *Il Foro Italiano*, 1986, II, pp. 371 y ss.
- LASZLOCZKY, P., «L'entrata in vigore del trattato di mutua assistenza in materia penale fra Italia ed U.S.A.», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 335 y ss.
- LAZZARONE, F., «L'effettività della difesa e l'extradizione dopo una recente pronuncia di illegittimità parziale: preludio di altri interventi della Corte costituzionale?», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 207 y ss.
- LEGEAIS, R., «Remarques de méthode pour l'étude comparative de la procédure pénale de jugement», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 343 a 357.
- LEIGH, L. H., «La Phase Décisoire en procédure pénale anglaise», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 654 a 674.
- LI VECCHI, R., «Assoluzione con formula dubitativa sul fatto, appello del

- solo imputato e difetto di legitimatio ad causam della parte civile», *Rivista Penale*, 1986, pp. 755 y ss.
- , «Il difensore del responsabile civile non ha potere autonomo di impugnativa», *Rivista Penale*, 1986, pp. 977 y ss.
- , «L'art. 365 cod. proc. pen. nell'interpretazione sulla Suprema Corte», *Rivista Penale*, 1986, pp. 483 y ss.
- LUCCIOLI, G., «Il ricorso per cassazione nel procedimento per la liquidazione dei compensi ai periti», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1.132 y ss.
- LUTHE, R. y RÖSLER, M., «Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer Bewußtseinsstörung», *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft*, 1986, pp. 314 a 331.
- LUTHER, H., «Das Recht auf Verteidigung in Strafverfahren gegen Jugendliche», *Neue Justiz*, 1986, pp. 334 y ss.
- LÉGER, P., «La Phase Décisoire du Procès Pénal dans le système d'inspiration française», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 392 a 430.
- MALINVERNI, A., «Il mancato esercizio dell'azione penale e le nullità conseguenti», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 347 y ss.
- MANCUSO, P., «Valutazioni probatorie relative al pentitismo», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 683 a 693.
- MANN, F. A., «Strafverfahren gegen einen völkerrechtswidrigen Entführten», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 2167 y ss.
- MARAFIOTTI, L., «Sull'inosservanza del termine previsto dall'art. 392-bis c.p.p.», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 521 y ss.
- MARCHETTI, M. R., «Un indubbio passo avanti nella tutela del diritto di difesa nel procedimento di estradizione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 906 y ss.
- MARINO, R., «Nuova camorra organizzata: i processi e i problemi», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 635 a 663.
- MARTINAGE, R., «L'évolution du jury en France et en Europe depuis la Révolution de 1789», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 367 a 392.
- MAURER, C., «Publizitätsfragen im Strafrecht: Die Ansicht des Staatsanwaltes», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, pp. 63 y ss.
- MAZZA GALANTI, F., «Quale riforma per la giustizia minorile?», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 449 a 458.
- MAZZANTI, M., «Sulle recenti modificazioni del rito penale», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 318 y ss.
- , «Sul disegno di legge delega per la riforma del C.p.p.», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 377 y ss.
- MEKOVAR, A., «La Phase Décisoire du Procès Pénal au Maroc», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 634 a 642.
- MESSINA, R., «Gli obiettori di coscienza tra grazia, liberazione condizionale e affidamento in prova», *Il Foro Italiano*, 1986, II, pp. 297 y ss.
- , «Titolarità e presupposti della richiesta del procedimento nel rito penale militare», *Il Foro Italiano*, 1986, II, pp. 400 y ss.
- MICHELE, G., «Provvedimenti restrittivi e incompetenza territoriale: la Cassazione intende cambiare indirizzo?», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 538 y ss.

- , «Sulla disciplina delle impugnazioni dell'imputato contumace», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1221 y ss.
- MÜLLER, R., y HOFMANN, H. P., «Die Leitung des Ermittlungsverfahrens durch den Staatsanwalt», *Neue Justiz*, 1986, pp. 148 y ss.
- MURZYŃSKI, A., «La procédure dite cognitive (la Phase Décisoire) dans le Droit Pénal des Pays Socialistes européens», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 576 a 617.
- MUSO, M., «Interdizione legale e liberazione condizionale in una recente sentenza della Corte costituzionale», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 642 y ss.
- NACHMAN, J. B., «L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des Etats-Unis», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 719 y ss.
- NAPPI, A., «Processo penale ed emergenze», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1208 y ss.
- NESPOLI, G., «Ancora su la natura, l'oggetto e lo scopo del processo di sorveglianza», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 436 y ss.
- NOBILI, M., «Il magistrato in funzione di polizia tributaria: un'ulteriore supplenza conforme alle norme vigenti?», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 322 y ss.
- NORMANDO, R., «Limiti alla revisione e intangibilità del giudicato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 803 y ss.
- OSTENDORF, H., «Mitteilungen in Strafsachen», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 254 y ss.
- PELLEGRINI GRINOVER, A., «Azionicollettive e tutela dell'ambiente e dei consumatori (La legge brasiliana 24 luglio 1985, n. 7347)», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 101 y ss.
- PERDUCA, A., «Questioni in tema di assunzione della prova testimoniale nel processo penale», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 879 a 887.
- FIGUET, J. F., «La publicité de l'enquête pénale: le point de vue du défenseur», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, pp. 76 y ss.
- PINHEIRO MACHADO COGAN, J. D., «O Ministério Público frente ao Habeas Corpus e mandado de segurança», *Justicia*, 1986, 135, pp. 56 a 63.
- PIQUERES, G., «La Phase Décisoire du Procès Pénal en Suisse», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 477 a 509.
- PITTARO, P., «Constitution, Cour Constitutionnelle et procès pénal: trente ans d'expérience italienne», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 535 a 545.
- PLITZ, H., «Übernahme und Ausgestaltung von Bürgschaften im Strafverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 247 y ss.
- POLITOFF, S., «Decriminalizzazione e tutela giuridica», *Dei Delitti e delle Pena*, 1986, pp. 215 y ss.
- PONTI, G., «Corte Costituzionale e presunzione di pericolosità», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 467 y ss.
- PRADEL, J., «Rapport Général» (sobre la fase decisoria del proceso penal), *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 301 a 343.
- PROTO PISANI, A., «La Corte costituzionale estende la revocazione per errore

- di fatto ex art. 395, n. 4 c.p.c. alle sentenze della Cassazione», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 313 y ss.
- PUGH, G. W., «L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des Etats-Unis», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 719 a 736.
- PULITANO, D., «Tecnica premiale fra diritto e processo pericolosità», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 1005 y ss.
- RAMAJOLI, S., «Su una particolare ipotesi di rapporti tra ordinanza de plano ed incidente di esecuzione», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 768 y ss.
- RICCI, R., «I lavori parlamentari per il nuovo processo penale: scelte politiche e profili tecnico-giuridici», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1450 y ss.
- RICHARD, F., «Persönlichkeitsschutz im Strafverfahren», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, pp. 270 y ss.
- RICHIELLO, G., «Sanzioni sostitutive e processo penale militare», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1095 y ss.
- , «Sulla giurisdizione per i reati commessi dagli iscritti di leva», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1500 y ss.
- ROBERT, M., «La justice pénale et l'automobile (Éléments de réponse à un contentieux de masse en matière pénale)», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 575 a 583.
- RODRIGUES, A. M., «La Phase Décisoire du Jugement dans la procédure pénal portugaise», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 528 a 556.
- ROSSI, E., «Le sezioni di sorveglianza tra giurisdizioni speciali e sezioni specializzate», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 349 y ss.
- ROTELLA, M., «Processi di strage e opinione pubblica», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 764 a 773.
- SACCHETTI, L., «Sulla composizione del Tribunale per i minorenni», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 40 y ss.
- SALEH, N. A., «La Phase du Jugement en Droit jordanien», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 642 a 654.
- SAU, S., «I procedimenti riguardanti magistrati nelle prime applicazioni della legge l. 879/80; problemi e linee interpretative», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 375 y ss.
- , «Sull'estensione della querela, a norma dell'art. 122 c.p.p.», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1552 y ss.
- , «Domanda di affidamento della prole e querela successiva ex art. 388 c.p.p.», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1334 y ss.
- SCAGLIONE, A., «Omessa notificazione all'imputato dell'avviso di deposito della sentenza», *Il Foro Italiano*, 1986, II, pp. 405 y ss.
- , «Revoca della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna e divieto della *reformatio in peius*», *Il Foro Italiano*, 1986, II, pp. 413 y ss.
- , «Giurisdizione e competenza per i reati connessi a bordo della *Achille Lauro*», *Il Foro Italiano*, 1986, II, col. y ss.
- , «Sul parere del pubblico ministero nei procedimenti di appello concernenti la libertà personale», *Il Foro Italiano*, 1986, II, col. 283 y ss.
- SCIALLA, L., «L'efficacia della discussione finale quale momento formativo

- della decisione giurisdizionale», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 188 y ss.
- SCHIAVONE, G., «Regole e prassi nel processo penale», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 357 a 371.
- SCHUMANN, «Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agentprovokateurs?», *Juristische Zeitung*, 1986, pp. 463 a 465.
- SCHURICH, F. R., «Unnehmung oder Befragung von Kindern als Zeugen im Ermittlungsverfahren?», *Neue Justiz*, 1986, pp. 339 y ss.
- SELLERT, W., «Friedrich Spee von Langenfeld —ein Streiter wider Hexenprozeß und Folter», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 1222 y ss.
- SIRACUSANO, D., «Conflittualità tra avvocati e magistrati: sempre più grave le disfunzioni del processo penale», *La Giustizia Penale*, 1986, I, pp. 13 y ss.
- SPANGHER, G., «Constitution, Cour Constitutionnelle et procès pénal: trente ans d'expérience italienne», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 535 a 545.
- SPINELLI, D., «L'ordinanza di reiezione dell'istanza di revoca del mandato di cattura: un nuovo provvedimento impugnabile dall'imputato», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 596 y ss.
- , «Ulteriori ampliamenti ope constitutionis della facoltà di appellare le sentenze di proscioglimento», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 652 y ss.
- SPÖRRI, E., «Publizitätsfragen im Strafrecht: Die Ansicht der Polizei», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, pp. 55 y ss.
- SURKAU, W., «Gesellschaftliche kräfte im Ordnungsstrafverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 163 y ss.
- TASSI, A., «Sulla tardiva convalida del sequestro di polizial», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1153 y ss.
- TEICHLER, G., «Reaktion auf Rechtsverletzungen im unteren Grenzbereich des Strafrechts», *Neue Justiz*, 1986, pp. 463 a 465.
- TENCATI, A., «Il segreto del professionista legale tra diritto sostanziale e norme processuali penali», *Rivista Penale*, 1986, pp. 851 y ss.
- , «Profili esecutivi delle intercettazioni telefoniche», *Rivista Penale*, 1986, pp. 659 y ss.
- TONINI, P., «Misure cautelare per gli imputati in libertà», *L'indice penale*, 1986, pp. 269 y ss.
- TRANCHINA, G., «Il pubblico ministero ricercatore, di notizie di reati: una figura poco rassicurante per il nostro sistema», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 330 y ss.
- , «Processo penale e società», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 35 y ss.
- TRÄSKMAN, P. O., «Le Système des Pays Nordiques», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1986, pp. 736 a 772.
- TROCH, J., «Character der Haftstrafe und strafprozessuale Bedigungen für ihre wirksame Anwendung», *Neue Justiz*, 1986, pp. 379 y ss.
- UHLIG, S., «Die Polizei — Herrin des Strafverfahrens? Aktuelle Probleme im Verhältnis der Polizei als Mitwirkende bei der Strafverfolgung zur Strafjustiz», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 247 y ss.

- VANNI, R., «Analisi ragionata delle norme processuali penali in tema de polizia giudiziaria», *La Giustizia Penale*, 1986, III, pp. 449 y ss.
- VERCELLONE, P., «Giustizia minorile: profili ordinamentali e processuali dei progetti di riforma», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 439 a 449.
- VERHAEGEN, J., «Quatre questions relatives au Procès Pénal en Belgique», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1986, pp. 556 a 566.
- VIGONI, D., «Le prove penali raccolte all'estero mediante rogatoria», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 486 y ss.
- VILLANOVA, E., «Natura e decorrenza dei termini ex art. 263-ter c.p.p.: la caducazione del provvedimento restrittivo della libertà personale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 858 y ss.
- WALLER, H., «Empfiehl es sich, § 153 a StPO zu erweitern?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 47 y ss.
- WESSALOWSKI, J., «Persönlichkeitsschutz im Strafverfahren», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 69 y ss.
- WOLF, G., «Zusammenhang von Strafverfolgung und Gesetzlichkeitsaufsicht», *Neue Justiz*, 1986, pp. 47 y ss.
- WOLFF, F., «Die Bedeutung des Verteidigers für das Rechts auf Verteidigung», *Neue Justiz*, 1986, pp. 241 y ss.

VI. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

A) España

- ALLENDESALAZAR, R., «Participación de los particulares en el control de la legalidad de los actos de las instituciones: el recurso de anulación; evolución jurisprudencial reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, 1986, pp. 655 a 683.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Los Juzgados de Primera Instancia ante el exequatur de laudos arbitrales extranjeros», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 53 a 67.
- BENÍTEZ SALAS, M. A., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Actualidad Civil*, 1986, 1, pp. 1265 y ss.
- BLANCO MORALES, P., «El arbitraje privado y el recurso prejudicial del artículo 17 del Tratado CEE (algunas observaciones a propósito de la sentencia del TJCE de 23 de marzo de 1982, As 102/81: Nordsee)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 123 a 131.
- CALVO ARAVACA, A. L., «La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequatur (nota al Auto del TS, Sala 1.ª, de 30 de enero de 1986)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 131 a 137.
- CAPPELLETTI, M., «Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, n.º 17, pp. 9 a 46.
- DÍAZ RUIZ, E., «Jurisdicción española y contratos de financiación internacional», *La Ley*, 1986, 2, pp. 1078 y ss.
- ESPLUGES, A. y MC NERNY, M., «Aproximación a la nueva ley modelo de

- UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 11 a 29.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 29 a 53.
- GARBERT LLOBREGAT, J., «El art. 44, 1.ª) LOTC», *Justicia*, 1986, pp. 663 y ss.
- GARCÍA ORIO-ZABALA DE LA MAZA, J. L., «El Recurso Prejudicial de Interpretación (art. 177 T. CEE) Instrumento de Garantía de la Unidad y la Uniformidad del Derecho Comunitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 1986, pp. 203 a 227.
- GARCÍA ORIO-ZABALA DE LA MAZA, J. L. y PÉREZ APARICIO, J. R., «El Recurso Prejudicial de Interpretación (art. 177 T. CEE) Instrumento de Garantía de la Unidad y la Uniformidad del Derecho Comunitario», *La Ley*, 1986, 2, pp. 1114 y ss.
- GONZÁLEZ DELEITO, N., «La supresión del control previo de inconstitucionalidad», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 1073 y ss.
- HERBERT, F., «El Abogado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 927 y ss.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., «Derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo», *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, 1986, n.º 10, 1985, pp. 143 y ss.
- MARTÍNEZ HIGUERAS, A. J., «La protección de los Derechos Humanos en Europa: El Tribunal de Derechos Humanos», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 1529 y ss.
- MESEGUER SÁNCHEZ, J. L., «La solución jurisdiccional obligatoria de las controversias en el nuevo Derecho del mar: las excepciones en materia de recursos vivos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1986, pp. 571 y ss.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. DE, «Aspectos internacionales de la LOPJ» *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 2375 y ss.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «Régimen jurídico de la representación y defensa del Estado ante jurisdicciones no nacionales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 1227 y ss. 1283 y ss.
- , «Régimen jurídico de la representación y defensa del Estado ante jurisdicciones no nacionales», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 2093 y ss. y 2149 y ss.
- PEÑARANDA, A., «La reforma de las sentencias de los Tribunales administrativos internacionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1986, pp. 591 y ss.
- PÉREZ APARICIO, J. R., «El Recurso Prejudicial de Interpretación (art. 177 T. CEE) Instrumento de Garantía de la Unidad y la Uniformidad del Derecho Comunitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 1986, pp. 203 a 227.
- RUIZ JARABO Y COLOMER, D., «El proceso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 1137 y ss. y pp. 1185 y ss.
- SENÉN MOTILLA, C., «Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil, el art. 22 de la LOPJ», *Justicia*, 1986, pp. 683 y ss.
- VILA COSTA, B., «Primera cuestión prejudicial (art. 177 T. CEE) planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por un órgano judicial español», *La Ley*, 1986, 4, pp. 391 y ss.
- VILLAGÓMEZ CEBRIAN, M., «Reconocimiento y exequatur de decisiones judiciales en la CEE», *Revista de Instituciones Europeas*, 1986, pp. 29 a 57.
- WEBER, A., «La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, n.º 17, pp. 47 a 83.
- ZABALO ESCUDERO, M. E., «La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de contrato de trabajo (el artículo 25.1 de la LOPJ de 1985)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1986, pp. 613 y ss.

B) Extranjero

- BELLOMIA, S., «Estinzione del processo a quo e autonomia del giudizio costituzionale», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 501 y ss.
- BASEDOW, J., «Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Prozeßrechts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 2971 y ss., y pp. 3190 y ss.
- CHARTIER, Y., «L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 441 a 467.
- DELPÉRÉE, F., «La Cour d'arbitrage e il controllo di costituzionalità», *Quaderni Costituzionali*, 1986, pp. 415 y ss.
- DOUMBÉ-BILLÉ, S., «La Justice judiciaire dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel», *Revue de Droit Public*, 1986, pp. 345 a 394.
- DRAI, P., «L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 511 a 517.
- EBKE, W. F., «Les Techniques contentieuses d'applications du droit des Communautés européennes», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1986, pp. 209 y ss.
- FERRER CORREIA, A., «A propósito do reconhecimento, em Espanha, das decisões portuguesas, particularmente do mecanismo da reciprocidade», *Revista de Direito e Economia*, 1986, pp. 43 a 71.
- , «Da arbitragem comercial internacional», *Revista de Direito e Economia*, 1984-1985, pp. 3 a 53.
- GAUDEMER-TALLON, H., «La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 487 a 511.
- GEIMER, R., «Das Nebeneinander und Miteinander von europäischem und nationalem Zivilprozeßrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 2991 y ss.
- GOFFIN, L., «La Cour de Justice des Communautés européennes», *Cahiers de Droit Européen*, 1986, pp. 109 y ss.
- HABSCHIED, W. J., «Il concordato svizero sull'arbitrato e l'arbitrato inter-

- «nazionale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1197 y ss.
- HERMANN-RODEVILLE, J., «Un exemple de contentieux économique: la recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1986, pp. 1 y ss.
- LYRA TAVARES, A. L., «Aspects de l'acclimatation du *Judicial Review* au droit brésilien», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 1135 y ss.
- MELONE, S., «Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique: l'exemple du Cameroun», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 327 a 347.
- MOURA RAMOS, R. M., «A propósito do reconhecimento, em Espanha, das decisões portuguesas, particularmente do mecanismo da reciprocidade», *Revista de Direito e Economia*, 1986, pp. 43 a 71.
- MURSWICK, «Die Individualbeschwerde vor den Organen des Europäischen Menschenrechtskonvention — Zulässigkeitsvoraussetzungen», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 8 y ss.
- , «Die Individualbeschwerde vor den Organen des Europäischen Menschenrechtskonvention — das Verfahren», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 175 y ss.
- PACE, A., «Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 782 y ss.
- PESCATORE, P., «Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudice nazionale», *Il Foro Italiano*, 1986, V, pp. 26 y ss.
- PESTALOZZA, C., «Die Verwaltungsgerichte als Verfassungsgerichte», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 33 y ss.
- PUNZI C., «Le prime pronuncie giurisprudenziali sull'impugnazione del lodo arbitrale privo dell'exequatur pretorile», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 944 y ss.
- RICCI, E. F., «Problemi sulla recezione all'estero dei lodi rituali italiani», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 117 y ss.
- STORME, M., «Perorazione per un diritto giudiziario europeo», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 293 y ss., 1501.
- VIGORITI, V., «L'indipendenza della magistratura: la dimensione internazionale» *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 597 y ss., 1542.

Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN